DOI: 10.21724/rever.v16i2.29431

SUBSÍDIOS

Hermenêutica[*]
Hermeneutics

Ingvild Sælid Gilhus[**]

Introdução

Os ursos deixam rastros ao se mover pela floresta. Eles se coçam nas árvores, quebram galhos e urinam no solo – sinais que outros ursos acham significativos.

Os seres humanos, por sua vez, fazem interpretações dos sinais especiais que constituem o seu próprio mundo. Exemplos de sinais para os humanos são o que as pessoas dizem, as expressões faciais de um ser amado – ou então, o modo de voar de pássaros ou, ainda, o estado do fígado de um animal sacrificado.

Quando a interpretação é transformada num método científico, lhe é atribuída um nome grego: "hermenêutica" – um conceito derivado de *hermeneuein*, que significa "expressar", "traduzir," "interpretar". Os materiais que constituem as fontes para a hermenêutica são textos e outras expressões, e o objetivo da mesma é alcançar a compreensão de seus significados. Na Ciência da Religião, o estudo de textos e expressões não é um fim em si mesmo, mas um meio de se dizer algo sobre a religião e os processos religiosos numa sociedade.

A hermenêutica foi desenvolvida na Antiguidade, quando foi criada uma distinção entre significados literais e alegóricos, como, por exemplo, na leitura de Homero e da mitologia grega e na interpretação da Septuaginta por Filon de Alexandria. Autores

[*] Tradução do Capítulo 2.11 do *The Routledge Handbook of Research Methods in the Study of Religion*, organizado por Michael Stausberg e Steven Engler. Tradução de Fábio Mendia, doutor em Ciência da Religião pelo PPG-CRE da PUC/SP. Revisão de Eduardo R. Cruz. Negritos ao longo do texto são do próprio autor. Tradução gentilmente autorizada por Taylor & Francis, proprietária dos direitos autorais da obra. A tradução mantém as normas formais do original suspendendo as regras redacionais da REVER.

[**] Professora de História da Religião da Universidade de Bergen, Noruega

cristãos distinguiam diferentes níveis de significado na Bíblia. Orígenes (185-254) diferenciava o sentido literal, o moral e o espiritual das Escrituras. Na prática, essas distinções muitas vezes se resumiam a uma divisão entre o significado literal e o alegórico. Na Renascença, a hermenêutica era fortemente relacionada à filologia, combinada a uma crítica das fontes, e vista como sendo o método básico das ciências humanas. Com a Reforma, cristãos individuais começaram a ler e a interpretar a Bíblia por conta própria, o que despertou um novo interesse sobre interpretação. O teólogo luterano Johann Conrad Dannhauer (1603-66) cunhou a palavra "hermenêutica" e a utilizou no título do livro *Hermeneutica Sacra* de 1654.

Mais tarde a hermenêutica foi estendida de forma a incluir não somente textos clássicos e a Bíblia, mas também textos de outras culturas. Hoje em dia ela é aplicada a objetos semelhantes a textos, como as artes, dramas, fotografias e filmes, e àquelas expressões análogas a textos, como discursos e comunicações não verbais - na prática, é aplicada a qualquer sistema de códigos e processos geradores de sentidos (YANOW, 2006: 15-16). Nesse sentido, a cultura e a religião podem ser vistas como "textuais" e como redes de sinais que podem ser analisados por métodos hermenêuticos.

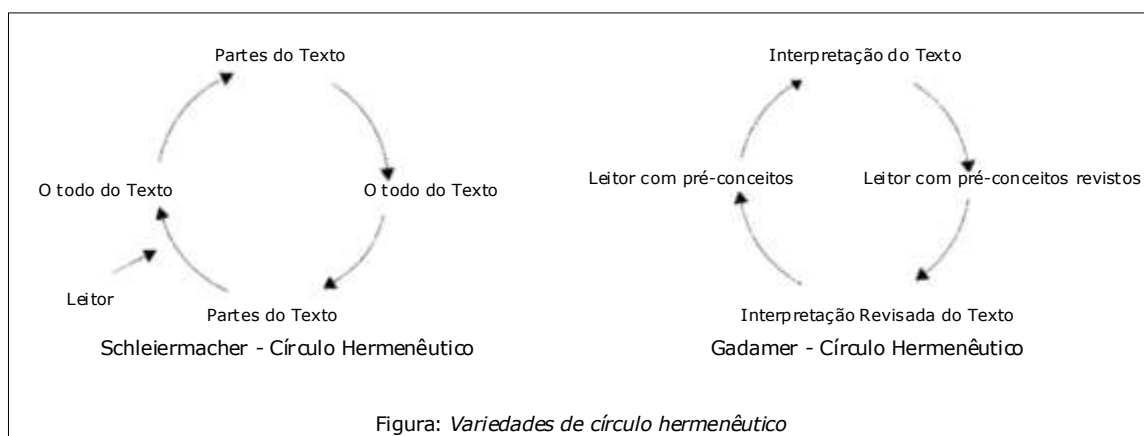
A hermenêutica consiste num processo de leitura que se movimenta de forma alternada entre as partes e o todo do texto; entre sua estrutura e seu significado; entre o horizonte do leitor e o do texto; e entre o texto e seus contextos. Esses processos são descritos como diferentes formas de **círculo hermenêutico** (vide Figura 2.11.1). Elas pressupõem um conhecimento a priori do conteúdo do texto, que é continuamente modificado pela sequência de leituras e interpretações, que vão adicionando camadas de significado e de compreensão num processo sem fim. Assim, nenhum texto fala por si e nenhuma interpretação é definitiva. A abordagem hermenêutica é metaforicamente caracterizada como dialógica, pois pressupõe um intercâmbio contínuo entre o pesquisador e o material da fonte.

A hermenêutica é ao mesmo tempo um método e uma filosofia de interpretação. O método não pode ser empregado satisfatoriamente nem explicado sem estar firmemente alicerçado em teorias de interpretação, pois o ato de interpretação deve sempre incluir uma reflexão sistemática sobre o processo hermenêutico e dos pontos de partida do interprete nesse processo. Segundo o filósofo Hans-Georg Gadamer (vide abaixo), a hermenêutica é mais básica de que outros tipos de métodos, pois todos eles pressupõem uma reflexão hermenêutica. Pode-se até questionar se a hermenêutica chega a ser um método. Uma resposta a essa questão é que é necessário interpretar um texto em um caminho metodologicamente sólido, o que implica em obedecer a determinadas regras consubstanciando, assim, um método.

Diretrizes Hermenêuticas

A primeira diretriz para usar o método hermenêutico é ler o texto lenta e detalhadamente. Um texto pode ser lido centenas de vezes – de frente para trás ou vice-versa, ou mesmo em diagonal, trazendo novas informações a cada vez. Conforme o modelo do círculo hermenêutico, o leitor se aproxima do texto trazendo seus próprios preconceitos e projeta nele seus significados. O conhecimento obtido pela leitura inicial modifica os preconceitos e o texto vai ganhando interpretações cada vez mais ricas a cada leitura subsequente.

Uma segunda diretriz é explorar tudo o que se sabe sobre a linguagem e o contexto do texto. A palavra texto deriva, apropriadamente, do latim *textere,* "tecer", uma vez que um texto é uma teia de referências a conceitos, ideias, práticas e a outros textos (intertextualidade). Um contexto é o conjunto de condições inter-relacionadas em que algo ocorre ou aparece. No caso de um texto, o contexto inclui principalmente seu ambiente social e cultural, bem como os arredores. De acordo com uma das versões do círculo hermenêutico, o leitor se movimenta, alternadamente, entre o texto e seu contexto.

Figura: *Variedades de círculo hermenêutico*

Um texto sempre tem diversos contextos, e um exemplo disso nos é fornecido pelas instruções finais dos sequestradores do evento de 11/9, encontradas depois do avião ter se chocado com as torres do *World Trade Center.* Essas instruções podem ser lidas a partir do contexto da religião, do contexto político, do contexto social global, do contexto do terrorismo, etc. O contexto religioso pode ser ainda subdividido, por exemplo, a partir do ritual, do Alcorão ou da noção da vida após morte. O significado em cada caso é produzido pela relação entre o texto e um contexto específico, enquanto

que, simultaneamente, fica reduzida a possibilidade de o texto produzir outros significados a partir da relação com outros contextos.

Diferentes contextualizações levam a diferentes leituras. Por exemplo, no início os Mistérios de Mitra foram estudados como se tivessem como pano de fundo a religião iraniana, como fez Franz Cumont, e isso levou a uma interpretação desses mistérios que foi dominante durante setenta anos. Depois que Richard Gordon e John Hinnels criticaram a tese de Cumont, no primeiro Congresso Internacional de Estudos Mitráicos na Universidade de Manchester (1971), novas contextualizações para os mistérios foram sugeridas, a mais importante sendo a cultura romana, mas também a astrologia.

Todos os textos falam do mundo. Se pouco soubermos sobre o mundo do texto, deveremos buscar mais informações. Por exemplo, para fazer uma interpretação do *Épico de Gilgamesh* temos que estar bem informados sobre a religião e a cultura da Mesopotâmia. Qual era sua estrutura política? Quem eram seus deuses? Qual o papel da astrologia nessa cultura? Como era concebido o gênero de poema épico? Um gênero literário carrega significados que não são necessariamente explicitados no texto. Seria também altamente desejável conhecer o idioma do épico: o acádico.

Uma terceira diretriz é de buscar a possibilidade de comparações culturais. Usar um método hermenêutico na História das Religiões é trabalhar em um esquema de comparação. Quando um motivo tiver sido completamente analisado no seu contexto textual e cultural, utilizar material de comparação da mesma área cultural pode inspirar o interprete a buscar significados e intenções que inicialmente passaram despercebidos.

Uma quarta diretriz é estar consciente de que significados textuais estão sempre num fluxo. Textos podem ser estudados tanto em relação à sua origem quanto a como diferentes comunidades os usaram ao longo do tempo. Pode-se perguntar em primeiro lugar: por que um texto foi criado? A quais questões devia responder? Quais as intenções de seu autor? Pode-se perguntar, ainda, o que o manteve vivo? Essa última questão leva a abandonar a busca do autor original e a concentrar-se sobre os leitores e seus contextos históricos e sociais. Textos canônicos, como a Bíblia ou o Alcorão, acumularam camadas de significados à medida que comunidades interpretadoras os foram comentando ao longo do tempo. As atividades de interpretação determinam qual é o significado de um texto – *"o texto é sempre uma função da interpretação"* (FISH, 1980: 341). Diferentes pessoas e grupos sociais podem ter alterado um texto e deixado suas marcas nele. É sempre útil ter em mente que a autoria dos textos nem sempre se faz de maneira simples. O *Bhagavadgita,* por exemplo, não foi escrito por uma pessoa, mas composto por vários autores antes de atingir sua forma atual. Partes de textos mais antigos são muitas vezes recombinadas quando novos textos são criados.

Uma quinta diretriz é perguntar: de quem são os interesses promovidos no texto? Pois escrever textos e fazer suas interpretações são práticas ligadas a grupos e a seus

interesses. No livro do Genesis, por exemplo, Deus ordena a Adão e Eva: *"Sejam férteis e multiplicai-vos"* (Genesis 1,28 a). Enquanto o casamento e a reprodução eram a norma no Judaísmo, os comentadores cristãos fizeram suas interpretações dos textos bíblicos de modo a dar suporte uma leitura ascética. Elisabeth Clark argumenta que *"os escritores cristãos dos primeiros séculos, criaram de fato uma nova Escritura 'ascética' – mas o fizeram por sua interpretação, e não (em geral) por uma omissão ou alteração do mundo Bíblico"* (CLARK,1999: 05). Assim, leitores criativos produziram novos significados de antigos textos e desenvolveram uma visão de religião que tinha a ascese cristã como seu ápice.

Uma sexta diretriz é tentar formular novas perguntas a um texto. Modernos intérpretes do *Hino Homérico a Demeter* sucessivamente relacionaram o mito de Demeter e Kore à agricultura, ritos de passagem e arquétipos. Em contraste a essas leituras anteriores, a classicista Helene P. Foley concentrou-se no potencial do hino de expressar algo sobre a experiência feminina na Grécia antiga (FOLEY, 1993). Ela tornou o leitor mais consciente dos papéis da mulher no texto, especialmente da relação mãe-filha de Demeter e Kore, mas também dos papeis de Hecate e Rhea. Foley viu os hinos como *"uma versão feminina da busca heroica, que desempenha um papel central nas formas épicas do Mediterrâneo e do Oriente Próximo, desde os tempos do épico sumério de Gilgamesh"* (FOLEY, 1993: 80). Propiciar novas leituras de um texto pressupõe que se conheça bem as leituras anteriores.

Se fizermos nossa interpretação de acordo com as diretrizes acima, como saberemos se é válida? Estaremos no caminho certo, quando verificarmos que tudo o que foi dito no texto foi levado em conta, e que as diversas partes da interpretação são consistentes entre si bem como com aquilo que já sabemos. A aprovação da comunidade científica é o teste externo da validade de uma interpretação: uma interpretação que poucas pessoas além do seu autor consideram convincente é provavelmente falha. Uma interpretação deve ser mais provável do que outra, fornecendo, por exemplo, melhores respostas a certas questões. Mas, assim como não existe uma leitura definitiva, não existem verificações definitivas e não há normas transcendentais.

"Saia de sua tumba"

A apresentação de um pequeno texto pode ilustrar o enfoque hermenêutico. Num papiro mágico grego (PGM CXXXIII a-f) há um pequeno feitiço para auxiliar a dar à luz uma criança (BETZ, 1996, 319): *"Saia de sua tumba, Cristo está te chamando.* [Coloque] *um fragmento de vaso de cerâmica sobre a coxa direita"*. O feitiço consiste de uma breve história, e provavelmente se refere à narrativa do evangelho sobre Cristo que chama o Lázaro morto para fora de seu túmulo. Uma vez que o feitiço é parte de um texto mágico que inclui diversas fórmulas ritualísticas, é razoável se pensar que era usado

para um fim específico, no caso, acelerar o processo de nascimento. O texto era provavelmente escrito no fragmento de vaso colocado sobre a coxa da mulher. Dar à luz é uma situação de perigo na vida humana, e o poder do ritual é frequentemente invocado durante o processo. Assim, a história sobre Lázaro por analogia se refere ao bebê (Lázaro), ao útero (a tumba) e a Cristo (como oficiante do ritual). O texto também faz lembrar o paralelo platônico *soma / sema,* onde o corpo é visto como o túmulo da alma.

Relendo e refletindo sobre as palavras do feitiço, somos levados a perguntar se haveria uma conotação com a ideia cristã de um segundo nascimento: ser gerado por uma mulher é ser gerado para a morte, mas ser renascido por Cristo é nascer para a vida eterna. No texto acima, a ideia do primeiro nascimento estaria mesclada à do segundo nascimento, possivelmente para fortalecer a possibilidade de um resultado positivo e de parir uma criança que sobreviva. Mas, a que interesses serve esse feitiço? O proprietário do texto é desconhecido, mas é provável que ele pertencesse a um oficiante de rituais que possivelmente ganhava a vida e obtinha seu status social negociando rituais, enquanto a parturiente e sua família se sentiam reconfortados por este ritual. Às vezes os sacerdotes ganhavam uma remuneração extra vendendo seus serviços no mercado privado. Poderia também ter havido conflitos entre esse tipo de ritual e a Igreja.

A interpretação acima é o resultado de diversas leituras desse feitiço. As várias tentativas de contextualização envolvem: o papiro mágico, evangelhos cristãos, interpretações teológicas, filosofia platônica, nascimento, oficiantes de rituais, religião normativa contra religião popular, e economia. Pode-se aprofundar ainda mais essas perspectivas, ou explorar outras, como, por exemplo, uma perspectiva de gênero: qual é o sexo mais provável do oficiante do ritual? Teria a relação entre útero e túmulo alguma conotação misógina? O útero é geralmente concebido como um órgão doador de vida. Estaria o conceito de tumba sinalizando uma visão negativa da fertilidade feminina, ou somente refletindo a alta taxa de mortalidade de recém-nascidos nas sociedades antigas?

O ponto aqui é que interpretar textos envolve ler e reler, mantendo um diálogo entre as partes e o todo, colocando questões e trazendo diferentes contextos, para tentar trazer à tona algumas das camadas de significado, que o texto, por menor que seja, sempre apresenta a seus leitores.

Bases teóricas e epistemológicas

A história da hermenêutica moderna inclui impulsos provindos de estudos bíblicos, Filosofia e Literatura comparada. Ela reflete o desenvolvimento de visões mais aprofundadas da natureza da interpretação, assim como conflitos sobre os processos hermenêuticos e o objetivo da interpretação. Dentre os nomes mais significativos na

moderna história da hermenêutica destacam-se Friedrich Schleiermacher (1768-1834), Wilhelm Dilthey (1833-1911), Martin Heidegger (1889-1976), Hans-Georg Gadamer (1900-2002) e Paul Ricoeur (1913-2005).

Friedrich Schleiermacher é chamado "o pai da hermenêutica moderna", apesar de esta caracterização obscurecer o papel de importantes predecessores (FORSTER, 2007). Ele via a interpretação como a interação entre a compreensão de palavras, sentenças, parágrafos e a do texto como um todo. Para ele, existe um movimento contínuo e sem fim entre a interpretação das partes e a interpretação do todo, que se desenvolve em paralelo ao de como as palavras obtêm seu significado por contraste com outras e ao de seu uso na linguagem. O objetivo de Schleiermacher era o de tentar captar a intenção original do autor.

Wilhelm Dilthey construiu sua visão a partir do contraste entre interpretação e explicação feito por Scleiermacher; ele via a hermenêutica como a tarefa principal das ciências humanas (compreensão) em oposição ao método das ciências naturais (explicação). De acordo com Dilthey, os cientistas analisam o objeto a partir do exterior, enquanto que os humanistas tentam, via métodos hermenêuticos, ver o objeto a partir de seu interior. De fato, Dilthey considerava a interpretação como uma arte.

Por sua vez, enquanto Martin Heidegger (*Ser e Tempo*, 1927) via a interpretação como uma questão existencial, e estava menos interessado em linguística do que no "estar no mundo" do ser humano – dizia ele que *"existir é interpretar"* - seu discípulo Hans-Georg Gadamer retornou à questão dos textos e de sua interpretação. A obra de Gadamer (*Verdade e Método,* 1960) é um marco na moderna história da hermenêutica. Segundo Gadamer, o/a interprete está inserido num contexto histórico e cultural e aborda o texto com seus "preconceitos". Isso implica que significados são projetados no texto e depois modificados e revisados à luz daquilo que emerge à medida que o leitor se aprofunda no texto. Essa visão pode ser considerada uma elaboração sobre o modelo do círculo hermenêutico.

Assim como Heidegger, Gadamer considerou que os preconceitos são produtivos e um meio de alcançar a compreensão: *"Trabalhar essa pré-projeção, que é constantemente revisada nos termos do que emerge à medida que ele* [o leitor] *penetra no significado, é ir compreendendo o que está lá"* (GADAMER, 1996, 267). Para Gadamer, a interpretação é facilitada porque o passado e o presente são conectados numa continuidade histórica. Somos parte da "*Wirkungsgeschichte*" (história dos efeitos) dos textos antigos. A historicidade da compreensão é elevada ao status de princípio hermenêutico.

Um (a) leitor (a) aborda o texto com seu próprio "horizonte de significados", confronta o "horizonte do texto", modifica/abre o seu horizonte e lê o texto novamente com uma verdadeira "fusão de horizontes" – o horizonte do texto e o horizonte do/da intérprete. A interação da pré-compreensão e a leitura do texto, assim como a interação

entre a leitura de partes do texto e a leitura do todo, são intrínsecas a toda compreensão. Nessa nova versão do círculo hermenêutico, o/a leitor (a) se moveu para dentro do círculo e não permanece mais no seu exterior, como na versão de Schleiermacher.

Paul Ricoeur ressaltou o conflito de interpretações. De acordo com ele, intérpretes têm sido em geral obedientes e respeitosos em relação aos textos religiosos – especialmente os interpretes religiosos. Contrapondo-se à hermenêutica da aceitação, Ricoeur aponta para a *hermenêutica da suspeição* refletindo as contribuições de Karl Marx (1818-83), Friedrich Nietzsche (1844-1900) e Sigmund Freud (1856-1939). Suas interpretações ressaltam significados ocultos e críticas da ideologia. Para esses três "mestres da suspeita", a interpretação é o ponto de partida para as explicações, tanto do Cristianismo quanto da religião em geral.

Segundo Ricoeur, a explicação não exaure as possibilidades de interpretação (RICOEUR, 1981, 155-156). *"No fim, a correlação entre explicação e compreensão, entre compreensão e explicação, é 'o círculo hermenêutico'"* (*ibid*.: 221). Ricoeur tenta unir, assim, os dois enfoques, o da interpretação e o da explicação, unificando a dualidade exposta por Dilthey.

Essa breve sinopse do desenvolvimento moderno da base teórica e epistemológica da hermenêutica mostra que ela se deslocou da mentalidade, experiência e intenção do autor (Schleiermacher e Dilthey) para focalizar na linguagem, comunidades interpretativas, leitores e conflitos de interpretação (Gadamer e Ricoeur). O processo dialético entre leitores e textos está sempre em foco, mas cada um dos pensadores mencionados deu ao círculo hermenêutico um novo giro, à medida que novas percepções foram surgindo. Em linha com a nova postura linguística e cultural das ciências humanas nas últimas décadas, a interpretação é vista hoje como um processo aberto, com ênfase no discurso e no pluralismo de interpretações.

Especificamente quanto à hermenêutica relacionada ao estudo da religião, pode-se mencionar as obras de Joachim Wach (1898-1955). Nelas, o problema de interpretar e compreender a religião é frequentemente discutido (Wach [1926-33]; vide Klimkeit [1972]; Wedemeyer e Doniger [2010]).

Forças, limitações, assuntos de ordem prática e desafios

A Hermenêutica é importante no estudo das religiões porque ela lida com textos, significados e interpretações de uma forma teoricamente reflexiva. Uma das forças dessa abordagem é que novas perspectivas e contextos convidam a novas perguntas e interpretações.

Podemos questionar o que um texto supunha responder, mas podemos também perguntar coisas que seu autor nunca sonhou que poderiam ser perguntadas. Um texto é uma expressão de um conhecimento cultural e sempre irá relatar mais do que seu (s)

autor (es) pretendiam, pois o horizonte de um texto é mais amplo do que aquele de seu autor (de forma similar, o horizonte do autor é sempre mais amplo do que o horizonte do texto). Entretanto, mesmo se textos podem responder a mais questões do que pensadas por seu autor, não é possível obter respostas a cada pergunta que se queira colocar ao texto. As questões devem se adaptar ao conteúdo e ao caráter dos textos que são interpretados.

A maioria dos métodos esboçados no presente livro pode ser combinada com hermenêutica. A utilidade potencial e a gama de aplicações da hermenêutica são amplas. Sua utilidade para a Filologia é óbvia devido ao tradicional foco desta em textos e em suas histórias. Investigações históricas são, da mesma forma, dependentes de interpretações metodologicamente sólidas e pressupõem reflexões hermenêuticas. Uma vez que muito do trabalho hermenêutico foi realizado sobre a Bíblia, um exemplo nesse campo é representativo. Um livro útil para tanto é o de Manfred Oeming, *Contemporary Biblical Hermeneutics* (2006), que descreve as abordagens da hermenêutica contemporânea e apresenta exemplos de diversos textos bíblicos.

Conforme sugerido acima, a hermenêutica não se limita a estudos de textos e pode ser combinada com métodos antropológicos, por exemplo. Clifford Geertz adotou uma abordagem hermenêutica e utilizou o círculo hermenêutico quando explicou um movimento dialético entre os detalhes locais e a estrutura global, em sua análise das experiências relacionadas ao "si mesmo" (*self*) em Java, Marrocos e Bali (GEERTZ, 1974). Armin Geertz se apoia em Gadamer e na "antropologia interpretativa" de (Clifford) Geertz, quando ele utiliza o termo "etnohermenêutica" para descrever *"a união dos horizontes hermenêuticos do estudante de religião e do intérprete indígena"* (GEERTZ, 1997: 70).

Desenvolver habilidades de interpretação pode evitar mal-entendidos e promover respeito intercultural. De acordo com a "hermenêutica da aceitação", os textos devem ser lidos de forma empática, levando em consideração suas intenções. Isso, no entanto, pode colocar limites às interpretações, por exemplo, reproduzindo a visão de um grupo de elite. De acordo com Bruce Lincoln, aqueles que têm uma imagem idealizada de uma cultura *"confundem as posições ideológicas preferidas e propagadas pela facção dominante com aquelas do grupo como um todo"* (LINCOLN, 2005: 09).

A "hermenêutica da suspeição" geralmente funciona melhor porque ela pode fazer com que outros grupos sejam enfocados, além da elite cultural, o que significa também que a empatia do interprete é distribuída entre explorar as intenções de um texto e verificar como essas intenções afetam diferentes grupos.

Uma das vantagens de se estudar textos antigos é que se sabe como é que eles foram utilizados posteriormente, bem como o que ocorreu depois de sua publicação, o que não sabemos ao ler textos da atualidade. Conhecer os resultados, no entanto, pode levar

a ler a historia de forma enviesada e a negligenciar o fato de que a cada momento outros resultados poderiam ter ocorrido.

Outro aspecto da relação entre passado e presente é como os processos de interpretação anteriores influenciam a hermenêutica. Quando lemos textos do passado associados a uma história contínua de interpretação, podemos negligenciar a forma como esses textos foram interpretados na fase inicial de sua transmissão. Quem pertence a determinada cultura pode ser insensível ao óbvio, pela simples razão de que é óbvio para ele. Perspectivas interculturais e comparativas poderiam amenizar esse tipo de cegueira cultural. Interpretar textos que não são partes de uma tradição conhecida pelo leitor pode encontrar outros tipos de problema, por exemplo, o de estabelecer uma contextualização correta.

Uma abordagem hermenêutica de textos religiosos pressupõe um conhecimento íntimo da tradição interpretativa de determinada religião por parte de estudiosos a ela pertencentes. Como têm sido interpretados e comentados textos, por exemplo, no Budismo e no Sikhismo? Um exemplo de uma utilização bem sucedida de percepção hermenêutica e contextualização é o volume editado por Jeffrey R. Timm, *Texts in Contexts: Traditional Hermeneutics in South East Asia* (1992), no qual diferentes autores investigam como textos têm sido interpretados no seu contexto hermenêutico individual.

Uma questão final: então todo e qualquer texto apresenta um campo ilimitado de potenciais interpretações alternativas? Na Antiguidade tardia algumas comunidades interpretativas (gnósticas) desafiaram a autoridade da Bíblia Hebraica. Quando Deus diz, *"Eu sou o único Deus, além de mim não há outro"* (por exemplo, em Isaias 44,6; 46,9), seus desafiantes alegavam que, se realmente ele era o único deus, não tinha nenhuma razão de dizer isso a toda hora e chegaram à conclusão de que ele seria um impostor. Esse é um exemplo antigo de como uma abordagem desconstrutiva pode atingir o coração de textos, dar-lhes uma nova interpretação e destruir a sua autoridade tradicional. Textos podem significar qualquer coisa que uma comunidade interpretativa desejar que signifiquem (FISH, 1980).

Existe, no entanto, uma diferença entre o uso criativo de textos religiosos e a sua interpretação científica. Os hermeneutas do campo da Ciência da Religião estão buscando têm o compromisso de construir interpretações que, segundo acreditam, digam algo sobre os usuários de um texto e das comunidades a ele relacionadas em um certo momento da história. Mas a gama de leituras aceitáveis não pode exceder as fronteiras da interpretação, que são sempre dependentes do contexto cultural e social do texto.

Referências

BETZ, H. D., 1996 [1986]. *The Greek Magical Papyri in Translation, including the Demotic Spells.* The University of Chicago Press. Chicago, London.

CLARK, E. A., 1999. *Reading Renunciation: asceticism and scripture in Early Christianity*. Princeton University Press, Princeton.

FISH, S., 1980. *Is There a Text in This Class? The authority of interpretive communities*. Harvard University Press, Cambridge, MA, London.

FOLEY, H. P. (ed.), 1993. *The Homeric Hymn to Demeter: translation, commentary and interpretive essays*. Princeton University Press, Princeton.

FORSTER, M. N., 2007. Hermeneutics. In: LEITER B. and ROSEN, M. (eds.), *The Oxford Handbook of Continental Philosophy.* Oxford University Press, Oxford, New York, pp. 30-74.

GADAMER, H. G., 1996 [1960]. *Truth and Method.* Trans. J. Weinsheimer and D.G. Marshall. Sheed &Ward, London (há tradução brasileira).

GEERTZ, A. W., 1997. Hermeneutics in ethnography: lessons for the study of religion. In: Klimkei, H.-J. (ed.), *Vergleichen und Verstehen in der Religionswissenschaft.* Harrassowitz Verlag, Wiesbaden, pp. 53-70.

GEERTZ, C., 1974. From the native's point of view': on the nature of anthropological understanding. *Bulletin of the American Academy of Arts and Sciences* 28(1): 26-45. Há tradução em português, como disponível em GEERTZ, Clifford. *O Saber Local.* Petrópolis: Vozes, 1997. pp. 85-107.

KLIMKEIT, H.-J., 1972. Das Prinzip des Verstehens bei Joachim Wach. *Numen* 19: 216-28.

LINCOLN, B., 2005. Thesis on method. *Method and Theory in the Study of Religion* 17 (1): 8-10.

OEMING, M., 2006. *Contemporary Biblical Hermeneutics: an introduction*. London, Ashgate.

RICOEUR, P., 1981. *Hermeneutics and the Human Sciences: essays on language, action and interpretation*. Cambridge University Press, Cambridge.

TIMM, J .R. (ed.), 1992. *Texts in Context: traditional hermeneutics in South Asia*. State University of New York Press, Albany.

WACH, J., 1926-33. *Das Verstehen: Grundzuge einer Geschichte der hermeneutischen Theorie in 19. Jh.* 3 vols. J.C.B. Mohr, Tübingen.

WEDEMEYER, C.K. and DONIGER, W. (eds.), 2010. *Hermeneutics, Politics, and the History of Religions: the contested legacy of Joachim Wach and Mircea Eliade.* Oxford: Oxford University Press.

YANOW, D., 2006. Thinking interpretively: philosophical presuppositions and the human sciences. In: YANOW, D. and SCHWARTZ-SHEA, P. (eds.), *Interpretation and Method: empirical research method and the interpretive turn.* M.E. Sharpe, Armonk, NY, London, pp. 3-26.

Sugestões de leitura

FISH, S., 1980. *Is There a Text in This Class? The authority of interpretive communities.* Harvard University Press, Cambridge, MA, London. *Nessa coleção de ensaios, Stanley Fish usa uma abordagem do ponto de vista do leitor e examina como comunidades interpretativas determinam a leitura de textos.*

FLOOD, G., 1999. *Beyond Phenomenology: rethinking the study of religion.* Cassell, London, New York, pp. 65-90. *Discute a relevância da hermenêutica de Gadamer para o estudo da religião.*

FORSTER, M. N., 2007. Hermeneutics. In: LEITER B. and ROSEN, M. (eds.), *The Oxford Handbook of Continental Philosophy*. Oxford University Press, Oxford, New York, pp. 30-74. *Apresenta pensadores chave para a Moderna Filosofia da Hermenêutica.*

GADAMER, H. G., 1996 [1960]. *Truth and Method.* Sheed & Ward, London. *Desenvolve uma teoria da compreensão dependente da linguagem e da história.* Há tradução em Português: *Verdade e Método*. Petrópolis: Ed. Vozes, 1997.

PENNER, H. H., 2000. Interpretation. In: Braun, W. and McCutcheon, R.T. (eds.), *Guide to the Study of Religion.* Cassell, London, New York, pp. 57-71. *Inspirado por*

Donald D. Davidson, o autor propõe que a interpretação envolve condições de verdade, possibilidade de tradução e significado literal.

RICOEUR, P. 1981. *Hermeneutics and the Human Sciences: essays on language, action and interpretation*. Cambridge University Press, Cambridge. *Examina a historia da hermenêutica e formula um conceito do texto.* Os textos de Ricoeur sobre hermenêutica bíblica estão contidos em dois livros em português: *Ensaios sobre a Interpretação Bíblica*. São Paulo: Fonte Editorial / Ed. Novo Século, 2004. *A Hermenêutica Bíblica*. São Paulo: Ed. Loyola, 2006.

Conceitos Chave

Hermenêutica: A teoria da interpretação e a análise dos princípios da interpretação.

Círculo hermenêutico: Descreve o processo de compreensão do significado como um processo dialético que se movimenta alternadamente entre as partes e o todo de um texto, entre sua estrutura e seu significado, entre o texto e o contexto, e entre o horizonte do leitor e o horizonte do texto.

Hermenêutica da suspeição: Ressalta os significados ocultos e apresenta críticas à ideologia.

Recebido: 19/02/2016
Aprovado: 24/04/2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Bibliotecária Juliana Farias Motta CRB7/5880

Referência para citação:

STRECK, L.L. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017.

S914d Streck, Lenio Luiz
Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito / Lenio Luiz Streck. – Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017.
320 p.: .; 22,5 cm. – (Dicionários Jurídicos)

ISBN: 978-85-9530-012-5

1. Direito – Dicionários. 2. Direito (Crítica). 3. Hermenêutica (Direito). 4. Direito – Filosofia. I. Título. II. Título: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. III. Série.
CDD 340.03

Hermenêutica jurídica 16

A palavra hermenêutica deriva do grego *hermeneuein*, adquirindo vários significados no curso da história. Por ela, busca-se traduzir para uma linguagem acessível aquilo que não é compreensível. Daí a ideia de Hermes, um mensageiro divino, que transmite – e, portanto, esclarece – o conteúdo da mensagem dos deuses aos mortais. Ao realizar a tarefa de *hermeneus*, Hermes tornou-se poderoso. Na verdade, nunca se soube o que os deuses disseram; só se soube o que Hermes disse acerca do que os deuses disseram. Trata-se, pois, de uma (inter)mediação. Desse modo, a menos que se acredite na possibilidade de acesso direto às coisas (enfim, à essência das coisas), é na metáfora de Hermes que se localiza toda a complexidade do problema hermenêutico. Trata-se de traduzir linguagens e coisas atribuindo-lhes um determinado sentido.

Na história moderna, tanto na hermenêutica teológica como na hermenêutica jurídica, a expressão tem sido entendida como arte ou técnica (método), com efeito diretivo sobre a lei divina e a lei humana. O ponto comum entre a hermenêutica jurídica e a hermenêutica teológica reside no fato de que, em ambas, sempre houve uma tensão entre o texto proposto e o sentido que alcança a sua aplicação na situação concreta, seja em um processo judicial ou em uma pregação religiosa. Essa tensão entre o texto e o sentido a ser atribuído ao texto coloca a hermenêutica diante de vários caminhos, todos ligados, no entanto, às condições de acesso do homem ao conhecimento acerca das coisas. Assim, ou se demonstra que é possível colocar regras que possam guiar o hermeneuta no ato interpretativo, mediante a criação, p. ex., de uma teoria geral da interpretação; ou se reconhece que a pretensa cisão entre o ato do conhecimento do sentido de um texto e a sua aplicação a um determinado caso concreto não são de fato atos separados, ou se reconhece, finalmente, que as tentativas de colocar o problema hermenêutico a partir do predomínio da subjetividade do intérprete ou da objetividade do texto não passaram de falsas contraposições fundadas no metafísico esquema sujeito-objeto.

Segundo Ernildo Stein (2016), os diversos usos que a tradição hermenêutica

fez, desde a metade do século XIX, pareciam apontar mais para um sentido metodológico. Depois da tradição hegeliana, houve um retorno a Kant que não se reduz ao neokantismo, mas dele recebe influência. As questões da justificação e da fundamentação se deslocam do universo transcendental para os problemas da compreensão. Assim, é o compreender que passa a ser percebido como um elemento que precede o entender ou a representação. Sem dúvida, não se trata aqui, então, de uma simples questão de teoria do conhecimento. A hermenêutica toma um lugar de paradigma entre as filosofias da consciência e as filosofias da ciência do século vinte. Esse lugar ela não poderia tomar a não ser que representasse um lugar paradigmático. Dessa forma ela é pensada como um campo especulativo que vai conquistando autonomia. Como estamos nos movendo num nível de pretensões filosóficas, a autonomia passa a ter características que podem ser chamadas metafísicas, no sentido do segundo caminho de Aristóteles, por ele denominado de "epistéme zetouméne", ou seja, ciência procurada. É claro que a hermenêutica passa a ser considerada um pensamento pós-metafísico no sentido de que ela supera o modelo da consciência e da representação, que ainda possuem um caráter ontoteológico. Então, de um lado, ela é pensamento pós-metafísico, mas, de outro lado, um pensamento metafísico com as características especulativas da ciência procurada. Uma vez posto isso, temos de reconhecer que o novo paradigma hermenêutico substitui tanto a tradição ontoteológica como a moderna concepção de pensamento transcendental. Seu ponto de partida, alude Stein, irá mostrar-se como uma questão em que os elementos determinantes serão a vida fáctica, a historicidade e a finitude.

A viragem hermenêutico-ontológica, provocada por *Sein Und Zeit* (1927), de Martin Heidegger, e a publicação, anos depois, de *Wahrheit Und Methode* (1960), por Hans-Georg Gadamer, foram fundamentais para um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica. A partir dessa *ontologiscbe Wendung*, inicia-se o processo de superação dos paradigmas metafísicos objetivista aristotélico-tomista e subjetivista (filosofia da consciência), os quais, de um modo ou de outro, até hoje têm sustentado as teses exegético-dedutivistas-subsuntivas dominantes naquilo que em sendo denominado de hermenêutica jurídica.

Na doutrina e na jurisprudência do Direito ainda domina a ideia da indispensabilidade do método ou do procedimento para alcançar a vontade da norma, o espírito de legislador, a correta interpretação do texto, etc. Acredita-se que o ato interpretativo é um ato cognitivo e que interpretar a lei é retirar da norma tudo o que nela contém, circunstância que bem denuncia a problemática metafísica (ontoteológica) nesse campo de conhecimento.

A hermenêutica jurídica praticada no plano da cotidianidade do Direito deita raízes na discussão que levou Gadamer a fazer a crítica ao processo interpretativo clássico, que entendia a interpretação como sendo produto de

uma operação realizada em partes (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*, isto é, primeiro compreendo, depois interpreto, para só então aplicar). Isso ainda está presente até hoje no âmbito da interpretação e aplicação do Direito. Como se fosse possível primeiro o intérprete ter acesso a uma realidade nua e crua e depois a ela (ou sobre ela) colocasse um sentido. Tudo isso ainda a ser complementado pelo "momento" em que o intérprete passa a verificar a compatibilidade desse fato à lei.

Entre vários problemas que esse fatiamento epistêmico representa, tem-se que a impossibilidade dessa cisão implica a impossibilidade de o intérprete retirar do texto algo que o texto possui-em-si-mesmo, numa espécie de *Auslegung*, como se fosse possível reproduzir sentidos. Ao contrário, para Gadamer, fundado na hermenêutica filosófica, o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*). O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes, porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmo. E essa atribuição de sentido não se dá em dois "terrenos separados", como o sentido da lei e dos fatos. Não. Tudo se dá em um processo de compreensão, em que sempre já existe uma pré-compreensão. Ninguém pode falar em inconstitucionalidade sem saber o que é constituição.

Temos uma estrutura do nosso modo de ser no mundo, que é a interpretação. Podemos dizer, então, que estamos condenados a interpretar. O horizonte do sentido nos é dado pela compreensão que temos de algo. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui. A faticidade, a possibilidade e a compreensão são alguns desses elementos existenciais. É no nosso modo da compreensão enquanto ser no mundo que exsurgirá a norma, produto da síntese hermenêutica, que se dá a partir da faticidade e historicidade do intérprete.

A superação da hermenêutica clássica – ou daquilo que tem sido denominado de hermenêutica jurídica como técnica no seio da doutrina e da jurisprudência praticadas cotidianamente –, implica admitir que há uma diferença entre o texto jurídico e o sentido desse texto, isto é, que o texto não carrega, de forma reificada, o seu sentido (a sua norma). As palavras não "carregam" o seu próprio sentido ou seu sentido próprio. Trata-se de entender que entre texto (lei) e norma (sentido da lei) não há uma equivalência e tampouco uma total autonomização. Entre texto e norma há, sim, uma diferença, que é ontológica, isto porque – e aqui a importância dos dois teoremas fundamentais da hermenêutica jurídica-filosófica – o ser é sempre o ser de um ente e o ente só é no seu ser. O ser existe para dar sentido aos entes. Por isso há uma diferença ontológica (não ontológico-essencialista) entre ser e ente, tese que ingressa no plano da hermenêutica jurídica para superar, tanto o problema da equiparação entre vigência e validade, como o da total cisão entre texto e norma, resquícios de um positivismo

jurídico que convive com uma total discricionariedade no ato interpretativo. A incorporação da diferença ontológica da fenomenologia hermenêutica foi incorporada pela CHD para melhor podermos compreender a diferença entre lei e Direito. Em Hermenêutica Jurídica e(m) Crise essa questão está explicitada amiúde.

Desde a primeira edição de *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* (em suas onze edições), deixei claro que a afirmação de que o "intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto", nem de longe pode significar a possibilidade de este estar autorizado a atribuir sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem existência autônoma). Como bem diz Gadamer, quando o juiz pretende adequar a lei às necessidades do presente, tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática (veja-se, aqui, a importância que Gadamer dá ao programa aristotélico de uma *praktische Wissenschaft*). Isso não quer dizer, de modo algum, que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária.

Portanto, ficam afastadas todas as formas de decisionismo e discricionariedade. O fato de não existir um método que possa dar garantia a correção do processo interpretativo –denúncia presente, aliás, já no oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen – não autoriza o intérprete a escolher o sentido que mais lhe convém, o que seria dar azo à discricionariedade, característica do positivismo. Sem textos, não há normas. A vontade e o conhecimento do intérprete não permitem a atribuição arbitrária de sentidos, e tampouco uma atribuição de sentidos arbitrária. Afinal, e a lição está expressa em *Wahrheit Und Methode* (Verdade e Método), se queres dizer algo sobre um texto, deixe que o texto te diga algo.

Todavia, não basta dizer que o Direito é concretude, e que *cada caso é um caso*, como é comum na linguagem dos juristas. Afinal, é mais do que evidente que o Direito é concretude e que é feito para resolver casos particulares. O que não é evidente é que o processo interpretativo é *applicatio*, entendida no sentido da busca da coisa mesma (*Sache selbst*), isto é, do não esquecimento da diferença ontológica.

O Direito é parte integrante do próprio caso e uma questão de fato é sempre uma questão de Direito e vice-versa. Hermenêutica não é filologia. É impossível cindir a compreensão da aplicação. Uma coisa é deduzir de um *topos* ou de uma lei o caso concreto; outra é entender o Direito como aplicação: na primeira hipótese, estar-se-á entificando o ser; na segunda, estar-se-á realizando a aplicação de Índole hermenêutica, a partir da ideia de que o ser é sempre ser-em (*in Sein*).

Assim, embora os juristas – nas suas diferentes filiações teóricas – insistam em dizer que a interpretação deve se dar sempre em cada caso, tais afirmações não encontram comprovação na cotidianidade das práticas jurídicas. Na verdade, ao construírem pautas gerais, conceitos lexicográficos, verbetes dou-

trinários e jurisprudenciais, ou súmulas aptas a resolver casos futuros, os juristas sacrificam a singularidade do caso concreto em favor dessas espécies de pautas gerais, fenômeno, entretanto, que não é percebido no imaginário jurídico. Daí a indagação de Gadamer: existirá uma realidade que permita buscar com segurança o conhecimento do universal, da lei, da regra, e que encontre aí a sua realização? Não é a própria realidade o resultado de sua interpretação? A rejeição de qualquer possibilidade de subsunções ou deduções aponta para o próprio cerne de uma hermenêutica jurídica inserida nos quadros do pensamento pós-metafísico. Trata-se de superar a problemática dos métodos, considerados pelo pensamento exegético-positivista como portos seguros para a atribuição dos sentidos. Compreender não é produto de um procedimento (método) e não é um modo de conhecer. Compreender é, sim, um modo de ser, porque a epistemologia é substituída pela ontologia da compreensão.

A partir da hermenêutica filosófica, a hermenêutica jurídica deixa de ser uma questão de método e passa a ser Filosofia. Consequentemente, na medida em que a Filosofia não é lógica, a hermenêutica jurídica não pode ser apenas uma ferramenta para a organização do pensamento. A hermenêutica possui uma temática específica, dirá Gadamer. Apesar de sua generalidade, não pode ser integrada legitimamente na lógica. Em certo sentido, partilha com a lógica a universalidade. Entretanto, em outro, supera-a. Portanto, na hermenêutica filosófica, a ferramenta não é decisiva, isto porque na linguagem existe algo muito além do enunciado, isto é, o enunciado não carrega em-si-mesmo o sentido, que viria a ser desacoplado pelo intérprete. Na interpretação, sempre fica algo de fora, o não dito, o inacessível. É assim que ser que pode ser compreendido é linguagem, dirá Gadamer.

Uma hermenêutica jurídica capaz de intermediar a tensão inexorável entre o texto e o sentido do texto não pode continuar a ser entendida como uma teoria ornamental do Direito, que sirva tão-somente para colocar capas de sentido aos textos jurídicos. No interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, o compreender não ocorre por dedução. Consequentemente, o método (o procedimento discursivo) sempre chega tarde, porque pressupõe saberes teóricos separados da realidade.

Antes de argumentar, o intérprete já compreendeu. A compreensão antecede, pois, qualquer argumentação. Ela é condição de possibilidade. Portanto, é equivocado afirmar, por exemplo, que o juiz, primeiro decide, para só depois fundamentar; na verdade, ele só decide porque já encontrou, na antecipação de sentido, o fundamento (a justificação). E somente é possível compreender isso a partir da admissão da tese de que a linguagem não é um mero instrumento ou terceira coisa que se interpõe entre um sujeito (cognoscente) e um objeto (cognoscível). O abismo gnosiológico que separa o homem das coisas e da compreensão

acerca de como elas são, não depende – no plano da hermenêutica jurídico filosófica – de pontes que venham ser construídas – paradoxalmente – depois que a travessia (antecipação de sentido) já tenha sido feita.

Daí a importância da pré-compreensão, que passa à condição de possibilidade nesse novo modo de olhar a hermenêutica jurídica. Nossos pré-juízos que conformam com nossa pré-compreensão não são jamais arbitrários. Pré-juízos não são inventados; eles nos orientam no emaranhado da tradição, que pode ser autêntica ou inautêntica. Mas isso não depende da discricionariedade do intérprete e tampouco de um controle metodológico. O intérprete não domina a tradição. Os sentidos que atribuirá ao texto não dependem de sua vontade, por mais que assim queiram os adeptos do esquema representacional sujeito-objeto. E se o intérprete impuser sua vontade, já não haverá hermenêutica. Não haverá compreensão. Haverá uma extorsão de sentido.

O processo unitário da compreensão, pelo qual interpretar é aplicar (*applicatio*) – que desmitifica a tese de que primeiro conheço, depois interpreto e só depois eu aplico, transforma-se em uma espécie de blindagem contra as opiniões arbitrárias. A interpretação jamais se dará em abstrato, como se a lei (o texto) fosse um objeto cultural. Há, sempre, um processo de concreção, que é a *applicatio*, momento do acontecer do sentido, que ocorre na diferença ontológica. Não há textos sem normas; não há normas sem fatos. Não há interpretação sem relação social. É no caso concreto que se dará o sentido, que é único; irrepetível.

Uma das preocupações fundamentais da hermenêutica filosófica e, por consequência, da CHD, é enfrentar as críticas do risco do relativismo. Essas acusações se dão pela errônea compreensão de que, contra o formalismo dedutivista do positivismo clássico, bastaria colocar qualquer coisa em seu lugar, como fizeram, por exemplo, as diversas teorias voluntaristas no final do século XIX e no início do século XX, chegando até mesmo ao século XXI, como se pode ver pelas posturas neoconstitucionalistas. Longe disso, a hermenêutica é uma postura não-positivista ou, se quisermos, pós-positivista. A teoria hermenêutica não é uma mera especificação para o Direito de propostas procedentes de um plano filosófico mais geral, lembra bem Rodrigues Puerto (2011, pp. 94 e segs.). E Ulfried Neumann (1984) e Ulrich Schroth (1989) também advertem para a agregação que o jurídico fez à hermenêutica filosófica. Há, pois, uma especificidade nisso: o texto jurídico. A lei. A jurisprudência.

Nesse sentido, é importante entender que a hermenêutica jurídica, que exsurge desse viés, é parte de uma vertente de racionalidade prática preocupada com o Direito e com o que este tem a ver com os diversos campos de conhecimento no qual se abebera. Por isso, pode-se dizer que foi a ciência jurídica que foi absorvendo a fenomenologia hermenêutica, a partir dos elementos

fulcrais como o círculo hermenêutico, a diferença ontológica, a noção de pré-compreensão (que não é uma mera subjetividade e nem ideologia) e a própria noção de verdade.

Quem interpreta já compreendeu e sempre tem uma pretensão de verdade. Como diz Gadamer, mais do que combater o relativismo, é necessário destruí-lo. Em termos jurídicos, o relativismo é inimigo da autonomia do Direito e da própria democracia. Gadamer deu uma enorme contribuição para um novo tipo de hermenêutica jurídica. A filosofia que brotou de sua obra inundou o Direito e contribuiu sobremodo para limpar a falsa imagem de irracionalidade que a prática jurídica tinha em relação a uma certa epistemologia moderna. A hermenêutica veio para ficar, exatamente, porque é esse intermédio filosófico entre o objetivismo e o subjetivismo.

A hermenêutica – na sua matriz filosófica advinda de Gadamer ou reconstruída como Crítica Hermenêutica do Direito com recepções da teoria integrativa dworkiniana – é uma teoria não positivista. Nesse sentido, o claro dizer de Antonio Osuna, para quem, diante do positivismo jurídico, em suas diversas acepções, a hermenêutica (entendida nos limites da hermenêutica filosófica) efetua a compreensão do texto a partir da inserção circunstanciada e histórica do intérprete. O Direito não é apenas um conjunto de textos. Os textos existem a partir das interrogações postas pelos intérpretes e pela situação hermenêutica em que estes se encontram. A hermenêutica é, assim, uma verdadeira ontologia jurídica alternativa ao positivismo jurídico. (1993, pp. 106 e segs.).

E esse pendor não positivista no plano do Direito fica bem claro pelo caminho seguindo pela hermenêutica no âmbito dos paradigmas filosóficos. O positivismo científico, que deu azo ao positivismo jurídico, é uma tese empirista. Posta a coisa (fato social), somente cabem descrições, circunstância ainda presente nos diversos positivismos, que buscaram na analítica um modo de superar o velho exegetismo no qual os planos da teoria e da aplicação estavam fundidos. A partir da cisão entre raciocínios teóricos e raciocínios práticos, o positivismo – ou os diversos positivismos – não conseguiram controlar os sentidos no âmbito da aplicação (produto final do Direito, porque tudo redunda em uma decisão). É nesse impasse epistêmico que a hermenêutica se põe como um caminho intermediário: não fica nem refém de adequacionismos e nem de subjetivismos.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Métodos e técnicas de pesquisa em comunicação / Jorge Duarte, Antonio Barros – organizadores. – 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2006.

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 85-224-4533-8

1. Comunicação – Pesquisa I. Duarte, Jorge. II. Barros, Antonio.

05-1048 CDD-302.2072

20

Análise hermenêutica

Fernando Bastos
Sérgio Dayrell Porto

Este trabalho propõe uma análise hermenêutica configurada por uma investigação teórica e por um desenvolvimento prático, da responsabilidade de Fernando Bastos e de Sérgio Dayrell Porto, respectivamente. Visando à dimensão comunicacional, procura mostrar o papel da interpretação como um processo, uma metodologia, que busca descobrir o originalmente escondido por uma tradição que nos foi legada por uma exegese distorcida, usando para tal de uma destruição, ou seja, de uma desconstrução hermenêutica. A desconstrução hermenêutica, assim, não critica o passado, mas o presente e sua abordagem distorcida, subvertendo as explicações tradicionais e seus conceitos dogmaticamente inquestionados, não destruindo de fato, mas procurando revelar possibilidades ainda não percebidas.

1 Investigação teórica

Ao afirmar no aforismo 22 de *Além do bem e do mal* que "não há fatos, somente interpretação", estabelece Nietzsche as bases da teoria geral da interpretação, a hermenêutica. Deste modo, o pensamento fundamentador ou o fundacionalismo da filosofia ocidental que perdurou de Platão a Hegel dá lugar a um desconstrucionismo e a um desfundamentalismo, junto a toda uma filosofia da linguagem, a reviravolta lingüística ou *linguistic turn*. Isto posto, o novo paradigma filosófico que surge avalia as coisas mediante a interpretação, então manifesta pela linguagem.

Ora, a desconstrução hermenêutica não se refere a uma desconstrução radical da destituição dos sentidos e dos significados, mas a uma desconstrução

que, ao interrogar ou reinterpretar, reelabora historicamente os sentidos e os significados da compreensão humana, instituindo assim uma efetiva e construtiva experiência de uma ação realmente comunicativa na oniabrangência da dimensão comunicacional.

Para a hermenêutica que se desenvolve ao longo do eixo Heidegger-Gadamer, a interpretação não é um mero componente psicológico ou mental do homem, mas, como assevera Gadamer em *Verdade e Método*, o modo de ser e compreender tipicamente humano, interpretação que efetua fundamentalmente uma compreensão antropológica ou uma tradução de uma realidade, a nossa realidade, isto é, a nossa maneira de captar o real, do conhecimento do ser pelo homem.

Entendido como ser-no-mundo, como afirma Heidegger, o homem se encontra sempre lançado no horizonte de um projeto, no interior do qual se dão os entes, manifestos e percebidos através de sentidos. Nessa situação ou círculo hermenêutico, sua intencionalidade vincula-se a pré-compreensão originária, a qual permite que a compreensão, mais ampla e mais profunda, se efetive numa interpretação e se expresse pela linguagem. A compreensão é histórica e a linguagem é ontológica.

Saliente-se, porém, que, se a intencionalidade hermenêutica se volta para as coisas, são as próprias coisas, o ser, que vêm até nós. Quer dizer, não somos nós quem nos dirigimos às coisas, mas estas é que saem ao nosso encontro. Por conseguinte, a compreensão, que se efetiva na interpretação, não se funda sobre a consciência humana ou sobre categorias psicológicas, e sim sobre a realidade que sai ao nosso encontro e sobre categorias ontológicas, ou existenciais, cabendo à compreensão o poder de desvelar o ser das coisas. É a volta à realidade, a volta às coisas, ao primado do ser, que caracteriza a orientação hermenêutica, em que, agora, para a fenomenologia, herdeira da fenomenologia transcendental de Husserl e, ao mesmo tempo, contrária à do autor das *Idéias*, o que importa não é o eu ou a consciência transcendental, mas a existência humana, tal como ela aparece, e do ser, tal como ele compreende o homem e este ao ser compreende, visto que a existência humana, o ser-aí, o *Dasein*, toma o lugar do eu absoluto.

A existência humana, o ser-aí, o *Dasein*, é um projeto (*Entwurf*) que se projeta a si mesmo sobre as suas possibilidades, embora estas variem a depender do grau da decisão do *Dasein*. E o sentido (*Sinn*) é a compreensão que surge de uma projeção e nos possibilita compreender os entes particulares. Ou então, como diz Heidegger: "rigorosamente, *Sinn* significa a perspectiva de uma compreensão do ser pelo projeto primordial".

Por sua vez, a facticidade é a situação da existência humana, do ser-aí ou do *Dasein* como ser-no-mundo, situação característica da existência humana que, "lançada" ao mundo, está submetida às injunções e necessidades dos fatos. O mundo (*Welt*) fica sobre a terra (*Erde*) e a terra é revelada pelo mundo, tal como

um templo revela a rocha sobre a qual se encontra. E para Heidegger, a situação do homem, projeto que se projeta a si mesmo, "ser lançado" ao mundo está intimamente conectado à facticidade.

Já a "factualidade" é o fato dos entes, pedras e árvores serem simplesmente dados dentro do mundo. O homem também está no mundo, mas não do modo como pedras e árvores estão, pois elas são "sem mundo", argumenta Heidegger. No "mundo" se encontram os homens e os entes e também os sentidos instituídos pela compreensão do *Dasein*, que, ao contrário dos outros entes, é um ente "dentro do mundo", é um ser-no-mundo. De forma que pode compreender a si mesmo como vinculado ao seu destino e como o ser que compreende os outros entes, pedras e árvores, que ele encontra dentro do seu mundo. Por isto, Heidegger utiliza para a factualidade do *Dasein* o termo "facticidade".

Sendo a interpretação (*Auslegung*) a efetivação da nossa compreensão (*Verstehen*), da compreensão de cada um de nós, torna-se a interpretação fator fundamental para a dimensão comunicacional, porquanto é da inserção das compreensões de cada um de nós que se dá a célebre "fusão de horizontes" (*Horizontverschmelzung*) proposta por Gadamer, a intercalação do horizonte de compreensão do outro com o nosso e vice-versa. Ou seja, a possibilidade de uma sociedade enquanto comunidade de sentido, na qual se opera a comunicação dialógica e o consenso criticamente comunitário.

O projeto, a compreensão, a interpretação, o sentido, a fusão de horizontes, são todos eles existenciais que se dão no mundo (*Welt*), a junção dos homens e dos entes, junto aos sentidos instituídos pela compreensão do *Dasein*. Isto pois, de acordo com a fenomenologia hermenêutica da vertente Heidegger-Gadamer, o que importa não é o eu ou a consciência transcendental da fenomenologia idealista de Husserl, mas a existência humana. A existência humana, o *Dasein*, se projeta ou se lança como ser-no-mundo, instaurando os sentidos de um mundo, o qual inversamente tem em si também o homem. Ser-no-mundo (*In-der-Welt-sein*) equivale praticamente à existência humana, dado que somente o homem é no mundo e o mundo só é com o homem, correspondendo a mundaneidade (*Weltlichkeit*) aos aspectos do *Dasein*, como aos do próprio mundo. Para Heidegger, o sentido vem do mundo por meio da intencionalidade da compreensão do ser humano, do mesmo modo como a compreensão vem do binômio homem-mundo, perfazendo, conjuntamente, o sentido e a compreensão, a base da linguagem e da interpretação.

Poderíamos assim considerar a razão hermenêutica como a razão intermediadora e intersubjetiva de interpretação do sentido, sentido humano que possibilita pela linguagem a comunicação dialógica do ser-no-mundo ou nas pegadas de Gadamer como uma razão que pela reflexão possibilita a "fusão de horizontes".

No entanto, a crise da razão ocorrida a partir das premissas cartesianas que, entre outras, norteiam a nova *Weltanschauung* ou "visão de mundo", secular e laica, dos primórdios da idade moderna, será levada a uma desrazão ou a uma radical desconstrução que conduzirá a conseqüências extremas, como a tecnização planetária e a rotinização de uma pós-história, assim como a avaliação ética da ação comunicativa.

Lembremos que a assertiva de Aristóteles, no livro I da *Política*, de que o "homem é o único animal que possui o *lógos*", a razão dialógica, ou seja, a linguagem ou o discurso, nos conduz direta e inevitavelmente ao problema da comunicação, na sua abrangência intersubjetiva, assim como à avaliação ética da sua ação comunicativa. E que a dimensão comunicacional que abarca o *animal rationale*, de que nos fala o filósofo, nos permite caracterizar o ser humano (obviamente entre outras inúmeras e diversas especificações) como um ser que verbaliza sentidos e significados, como *homo loquens* ou aquele ser que, na sua fala, designa, comunica e, por conseguinte, interpreta.

A interpretação, como diz Heidegger, procura descobrir o previamente escondido, pois o ser está essencialmente escondido sob uma tradição que nos foi legada. Precisamos, portanto, de uma destruição desta tradição, interpretando séculos de uma exegese distorcida, numa tarefa em que a linguagem tem um papel decisivo. "Hermenêutica é destruição", assevera Heidegger em *Ontologia: a hermenêutica da facticidade*. "Interpretar para preparar historicamente o pensamento futuro" é, pois, usar de uma destruição, pois os pensadores deixam em seu pensamento muita coisa "não dita".

É esta, portanto, a tarefa da razão hermenêutica: projetar num processo metateórico e metalingüístico uma unidade inter-relacional e analógica, interpretação simbólica da unidade, em que dimensões formam a organicidade ou a abrangência do todo numa interpretação também simbólica da realidade erigida pelo homem como "ser no mundo". Isto pois o *lógos* humano é interpretação simbólica da realidade e a linguagem hermenêutica é uma linguagem eminentemente simbólica. E, neste campo hermenêutico, a linguagem representa a relacionalidade de homem e mundo, quer dizer, o elemento comunitário-comunicativo no qual relacionamos nossas idéias de uma forma verbalizada.

Ora, na referida passagem da *Política*, encontramos também a preocupação com o uso e o emprego da razão dialógica, advertindo o filósofo que o *lógos* ou o dizer racional da linguagem tem o poder de indicar ao homem o conveniente e o adverso, ou seja, o justo e o injusto. Tal poder compete à racionalidade prática, é o campo da *phrónesis*, da prudência, do senso comum ou do senso prático, enfim, da sabedoria prática, uma das virtudes intelectuais, segundo o próprio Aristóteles. Sem a *phrónesis*, o homem é levado a destinar a racionalidade do seu dizer *dialógico*, do seu discurso ou linguagem, a uma comunicação em que o adverso se impõe ao conveniente, e ao justo, ao injusto, relegando a *phrónesis* a favor do *deinón*. E,

como nos lembra Eudoro de Sousa, o termo *deinón* abarca os sentidos de enorme e pavoroso, pelo que nos adverte o pensador luso-brasileiro: "nada mais enorme e pavoroso pode existir do que o homem investido de um poder discricionário", investido de uma razão arbitrária.

Todavia, com o racionalismo, a partir de Descartes, a razão intuitiva, capacidade de acesso direto e imediato ao real, é abolida, e o conhecimento racional se restringe à mediatez do pensamento puramente conceptual, analítico e discursivo. A razão agora é exclusivamente medida e norma. É método, ou melhor, é o método, porquanto é o próprio Descartes que sustenta no seu *Discurso do método*: "possuas o método (a razão) e serás senhor e dominador da natureza".

Podemos ver, nessa máxima, a simbologia das novas relações que se instauram entre o homem e o mundo na alvorada da era moderna, portadora em germe de nossa civilização da técnica, onde se estabelece, pela utilização e operacionalidade do método, um novo domínio do homem sobre a natureza. E, junto à operacionalidade do método, o racionalismo faz da razão não mais uma faculdade humana, mas a sua própria antropogênese, estabelecendo-se uma desconstrução radical, a desrazão.

E, desta maneira, o descompromisso da razão, ou melhor, da racionalidade humana, a abolição do saber prático (*phrónesis*) em prol de um interesse pelo saber (puramente) "instrumental" (*téchne*), em suma, a racionalização secular e profana do pensamento moderno, o racionalismo, levará ao que Weber chamou de "desencantamento", de "desencantamento do mundo".

Heidegger, por sua vez, em *Serenidade*, considerando previamente a necessidade e legitimidade tanto do pensamento intuitivo como do pensamento analítico, pondera, todavia, que atualmente, enquanto impera o pensamento que "calcula", o pensamento que "medita" é descuidado. E que isto é terrível, "porque o homem é o ser que pensa, ou seja, é o ser que medita".

A onipresença da razão que "calcula", da razão operacional, acarreta a ação comunicativa ficar desvirtuada ou corrompida, "pervertida", como assevera Adorno. E ao ficar "pervertida" dilui-se a dimensão comunicacional, deixando de haver mesmo a efetiva linguagem dialógica do homem que, como *animal rationale*, deve, no seu dizer, proferir o que significa e comunica. A onipotência e correção da racionalidade pós-moderna, onde tudo é ou tem de ser explicado ou explicável, se identifica com um caráter de um poder transcendente, em que o homem, ao supor que utiliza a razão, na verdade é reduzido à condição de mero objeto reificadamente manipulado, ao "inferno da sociedade da organização e padronização total", como assinala a Escola de Frankfurt. Estabelece-se a desconstrução radical de todo e qualquer sentido ou significado da realidade, porquanto não havendo compreensão de sentido e significado não pode haver, também, significativo e efetivo diálogo na linguagem e na ação comunicativa.

Contudo, uma outra desconstrução, através de uma interrogação ou reinterpretação histórica, pode reelaborar dialogicamente, de modo profícuo, as camadas de sentidos e significados da compreensão humana.

De fato, a experiência reflexiva do *lógos* ou da linguagem dialógica, como interpretação ou reinterpretação, ao prever a estrutura da interrogação e a ação do diálogo, implica inevitavelmente uma ruptura que, ao romper, desconstrói. Esta desconstrução, porém, assimila e estabelece as perspectivas precedentes, fazendo com que o diálogo, agora, então hermenêutico, venha reconstituir, reinventar e reapropriar, historicamente, os sentidos e significados da compreensão e da historicidade da existência humana.

A retomada de um problema básico, elaborada e transformada, possibilita compreendermos a descoberta das suas possibilidades originais, há tanto tempo escondidas, observa Heidegger.

A desconstrução (*Destruktion*) hermenêutica, diz Heidegger em vários escritos, entre eles *O problema básico da fenomenologia*, não é uma "devastação", mas "o que procura abarcar o sentido do ser, as estruturas amontoadas umas por cima das outras, que tornam irreconhecível o sentido do ser". Deste modo, a destruição hermenêutica não critica o passado, mas o presente e a abordagem predominante de uma tradição da história da ontologia. A desconstrução, nas pegadas do filósofo de *Ser e Tempo*, subverte as explicações atuais e tradicionais e também os conceitos inquestionados que derivam possivelmente de um passado e de um pensamento mal compreendido. Ela não destrói, e sim revela possibilidades ainda não percebidas, retornando a "experiências" que possibilitaram um determinado passado ou pensamento.

À guisa de conclusão, recordamos que a interpretação hermenêutica procura uma razão que possa articular e reelaborar historicamente os sentidos e os significados da compreensão humana, instituindo assim uma efetiva e construtiva experiência de uma ação realmente comunicativa na oniabrangência da dimensão comunicacional. E também uma metacomunicação que venha a consignar a ação comunicativa como uma atitude dialógica que se ligue, por sua vez, a uma racionalidade prática.

Esta metacomunicação nos induz a considerar que a desconstrução verdadeiramente hermenêutica, em vez de se situar niilisticamente na anulação ou na abolição de todo e qualquer sentido e significado, reelabora, num círculo hermenêutico, a possibilidade de ser da própria compreensão humana e do homem como ser-no-mundo. Bem assim que a consideração da linguagem na sua dimensão comunicacional como lugar de origem do discurso filosófico evidencia a conexidade entre a comunicação e a hermenêutica. "Integramo-nos com o mundo e até conosco através da linguagem, porque a linguagem é o modo universal de ser e conhecer", assevera Gadamer (FB).

Doi: 10.14210/nej.v24n3.p890-902

O QUE É POSITIVISMO, AFINAL? E QUAL POSITIVISMO?

WHAT IS POSITIVISM, AFTER ALL? AND WHAT POSITIVISM?

AL FINAL, ¿QUÉ ES POSITIVISMO? ¿Y CUÁL POSITIVISMO?

Lenio Luiz Streck[1]

Resumo: Eros Roberto Grau publicou contundente artigo no jornal O Estado de São Paulo, em maio de 2018, "em defesa do positivismo jurídico". O ponto é que positivismo *não* é "*aplicar a letra 'fria'* [*sic*] *da lei*". Talvez já tenha sido quando, na França, a Escola da Exegese, baseada em Montesquieu, dizia que o juiz era a *bouche de la loi*. Desde então, o juiz mudou, a lei mudou, a França mudou, o Brasil mudou, o mundo mudou. Logo, mudou o positivismo também. Positivismo é muito mais do que aquilo que foi a sua formulação original: o legalismo. O professor e ex-ministro Eros Roberto Grau acerta no início, quando liga ao positivismo uma ideia de separação entre concepções — talvez, para os positivistas, *conceitos* —, sejam elas(es) meramente pessoais, subjetivas(os), ou não, de *justiça* e *direito positivo*. Essa ideia pode ser vista na clássica formulação de John Austin, pai da jurisprudência analítica.

Palavras–chave: Positivismo; Exegetismo francês; Jurisprudência dos conceitos; Jurisprudência analítica.

1 Doutor em Direito pela UFSC e pós-doutor em Direito pela FDUL. Professor titular do PPG Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos/ São Leopoldo - RS) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Professor Visitante da Universidade Javeriana de Bogotá, da Universidade de Málaga e da Universidade de Lisboa. Professor emérito da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. Membro catedrático da Associação Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Presidente de honra do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ). Coordenador do Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Advogado. Ex-Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: lenio@unisinos.br.

Doi: 10.14210/nej.v24n3.p890-902

Abstract: Eros Roberto Grau published a powerful article in the newspaper O Estado de São Paulo in May 2018, entitled "*em defesa do positivismo jurídico*" (in defense of legal positivism). The point is that positivism is not about "applying the 'cold' letter [sic] of the law." Perhaps it was already when, in France, the School of Exegesis, based in Montesquieu, said that the judge was *a bouche de la loi*. Since then, the judge has changed, the law has changed, France has changed, Brazil has changed, the world has changed. Positivism has also changed. Positivism is much more than what it was in its original formulation: legalism. Professor Eros Grau agrees at the beginning, when he connects positivism with an idea of the separation of conceptions, whether they are merely personal, subjective, or not, pertaining to justice and positive law. This idea can be seen in the classic formulation of John Austin, the father of analytical jurisprudence.

Keywords: Positivism; French exegetism; Jurisprudence of concepts; Analytical jurisprudence.

Resumen: Eros Roberto Grau publicó un contundente artículo en el periódico O Estado de São Paulo, en mayo de 2018, "en defensa del positivismo jurídico". El punto es que positivismo *no* es "*aplicar la letra 'fría'* [*sic*] *de la ley*". Tal vez ya ha sido cuando, en Francia, la Escuela de la Exégesis, basada en Montesquieu, decía que el juez era la *bouche de la loi*. Desde entonces, el juez cambió, la ley cambió, Francia cambió, Brasil cambió, el mundo cambió. Luego, cambió el positivismo también. Positivismo es mucho más que su fórmula original: el legalismo. El profesor y exministro Eros Roberto Grau acierta al comienzo, cuando relaciona al positivismo una idea de separación entre concepciones — tal vez, para los positivistas, *conceptos* —, sean ellas(os) meramente personales, subjetivas(os), o no, de *justicia* y *derecho positivo*. Esta idea puede ser vista en la clásica formulación de John Austin, padre de la jurisprudencia analítica.

Palabras–clave: Positivismo; Exegetismo francés; Jurisprudencia de los conceptos; Jurisprudencia analítica.

INTRODUÇÃO

O Professor e ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau, publicou contundente artigo no jornal O Estado de São Paulo,[2] em maio de 2018, "em defesa do positivismo jurídico". Basicamente as razões pelas quais se declara um positivista foram as de que "*os juízes interpretam/aplicam a lei, não fazem justiça*" e que "[o] *que caracteriza o Direito moderno é a objetividade da lei, a ética da legalidade*".

Diz também, repetindo o que já escrevera no livro Porque Tenho Medo dos Juízes[3], que tem medo dos juízes, "*em especial dos juízes dos nossos tribunais*",

2 O texto em questão foi reproduzido, na íntegra, pelo portal *Consultor Jurídico.* GRAU, Eros. Juízes interpretam e aplicam a Constituição e as leis, não fazem justiça. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, 14 de maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-14/eros-grau-juizes-aplicam-direito-nao-fazem-justica>. Acesso em: 24 de maio 2018.

3 GRAU, Eros Roberto. **Por Que Tenho Medo Dos Juízes.** 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

Doi: 10.14210/nej.v24n3.p890-902

que, segundo ele, insistiriam "*em substituir o controle de constitucionalidade por controles de outra espécie, quais os da proporcionalidade e razoabilidade das leis e da ponderação entre princípios*".

Ressalvas feitas a algumas questões terminológicas, que se dão em razão de operarmos a partir de paradigmas diferentes, perceberão uma série de similaridades entre o discurso de Eros Grau e o meu. Isso não é por acaso. Eros Grau tem minha admiração, e, mais do que isso, endosso muitas de suas críticas.

Como ele, também sou um defensor da legalidade; como o ex-ministro, também chego, por vezes, a ter medo dos juízes — especialmente dos *nossos* juízes. Penso que ele acerta sobremaneira ao criticar a (suposta) "ponderação" entre princípios que vemos na *práxis* brasileira cotidianamente (que, ressalto, da forma como é feita por aqui, é um verdadeiro crime com a teoria *alexyana*...).[4]

Como Eros Grau, identifico (e venho falando nisso há anos, no que chamo de diferença ontológica)[5] que entre *texto* e *norma* há uma diferença, e *não uma cisão*.

Suas críticas — repito, porque se faz necessário: ressalvadas algumas de suas terminologias — são acertadas. O direito brasileiro já de há muito demonstra uma série de problemas muito graves. Em nome de uma "justiça" abstrata, juízes afastam, à própria escolha, a lei democraticamente aprovada no Parlamento. A partir de recepções malfeitas de teorias estrangeiras, confere-se um verniz jurídico a decisões que se baseiam em nada mais que a vontade do julgador. Odes por segurança jurídica, por parte de personalidades como Eros Grau, são, mais do que bem-vindas, *necessárias*.

---

4 Os princípios são, para Alexy, mandados de otimização e possuem, por isso, uma estrutura alargada de dever-ser. Essa estrutura, que é dada *prima facie*, tenciona os princípios, fazendo-os colidir. A valoração é um momento subsequente — ou seja, posterior à colisão — que incorpora o procedimento da ponderação. O mais paradoxal nesse sincretismo teórico é que Alexy elabora sua teoria exatamente para "racionalizar" a ponderação de valores, ao passo que, no Brasil, os pressupostos formais — racionalizadores — são integralmente desconsiderados na maioria dos casos. Ademais — como se não bastasse —, na importação brasileira de Alexy, alguns juristas, como Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, propõem que, além da ponderação de princípios, deve existir também uma ponderação entre regras; tese esta repetida, sob outro fundamento, por Humberto Ávila. Sobre o ponto, ver o verbete *ponderação*, de meu *Dicionário de Hermenêutica*; *Ponderação e Arbitrariedade*, de Fausto de Morais; e *Direitos Fundamentais e Teoria Discursiva*, de Rafael Giorgio Dalla Barba. *Cf.* STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017; DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Direitos Fundamentais e Teoria Discursiva**: dos pressupostos teóricos às limitações práticas. Salvador: Juspodivm, 2018; DE MORAIS, Fausto Santos. **Ponderação e Arbitrariedade**: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Juspodivm, 2016.

5 Sobre o ponto, ver o verbete *diferença ontológica*, de meu *Dicionário de Hermenêutica. Cf.* STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

Há, porém, um problema: meu caminho ao lado de Eros Roberto Grau vai até um determinado ponto. Acompanho o ex-ministro, mas somente até o momento em que chegamos a certa altura da estrada. Chega uma hora em que tomamos rumos diferentes. Ao identificarmos os mesmos problemas, Eros Grau diz: "sou um positivista!". É aí que nos separamos. Uma vez mais, aqueles que são minimamente familiarizados com a Crítica Hermenêutica do Direito[6] já bem sabem que sou um grande crítico do positivismo jurídico.

Mas há, em minhas críticas à conclusão a que chega o ex-ministro, outro ponto fundamental: a "solução" que ele encontra está baseada em uma premissa que, ainda que comece certa, termina fundamentalmente errada. Como vimos, Eros Grau, a partir de seus (mais do que justificados) receios com relação ao rumo que tem tomado o direito brasileiro, coloca-se "em defesa do positivismo jurídico"; o problema é que o positivismo que o ex-ministro defende já não existe mais. Desde o século XIX. É o que vou demonstrar aqui. Baseado em critérios.

DE COMO AS DIFERENTES VERSÕES DO POSITIVISMO SÃO CONFUNDIDAS E MAL COMPREENDIDAS

Isto deve ser dito: o artigo assinado por Eros Grau não é o único baseado em uma compreensão equivocada acerca do que é o positivismo jurídico. Na verdade, assim falando, Eros Grau representa o pensamento médio da comunidade jurídica brasileira. Ou seja, é somente (mais) uma manifestação de uma doutrina que falhou epistemicamente ao (tentar) responder *o que é isto – o positivismo?*

De todo modo, o ensaio publicado no Estadão serve como um bom ponto de partida para que seja possível, uma vez mais, desmi(s)tificar a vasta série de equívocos quando o assunto é esse. No Brasil, nas salas de aula, repete-se o mantra: "*positivismo*

6 A Crítica Hermenêutica do Direito por mim fundada constitui matriz teórica que, sob os aportes da filosofia (em especial, da filosofia hermenêutica de Heidegger e da hermenêutica filosófica de Gadamer), possibilita a análise crítica do fenômeno jurídico. Esse movimento também sofre influências de Warat no tocante à sua crítica ao senso comum teórico, incorporando ainda a noção de coerência e integridade de Dworkin. Trata-se, portanto, de uma matriz teórica para o direito com fundamentos filosóficos e de teoria do direito. Sob o aspecto metodológico, desenvolve-se sob o prisma do método fenomenológico hermenêutico. O ponto central da adoção desta metodologia consiste na ruptura com as tradicionais estruturas metodológicas da modernidade, que indicam a ideia de certeza e segurança próprias da matematicidade do pensamento moderno. Em contraposição a isso, o método fenomenológico hermenêutico implica um modo de filosofar, concebendo os caminhos metodológicos como precários e provisórios, ou seja, elementos dos quais não se possui total apreensão e domínio. Em poucas palavras: revolve-se o chão linguístico em que está assentada a tradição, reconstruindo a história institucional do fenômeno.

Doi: 10.14210/nej.v24n3.p890-902

é aplicar a 'letra fria' [*sic*] *da lei!*". Por confundirem positivismo com legalidade,[7] já fui, muitas vezes, chamado de positivista. Até mesmo por Eros Grau, quem disse, em seminário em Coimbra, que eu queria proibir os juízes de interpretar.

O ponto é que positivismo *não* é "*aplicar a letra 'fria'* [*sic*] *da lei*". Talvez já tenha sido quando, na França, a Escola da Exegese, baseada em Montesquieu, dizia que o juiz era a *bouche de la loi* ("a boca da lei"). Lembremos, contudo, que "a lei" ainda era a lei do *Code Napoléon*. Desde então, o juiz mudou, a lei mudou, a França mudou, o Brasil mudou, o mundo mudou. Por óbvio, mudou o positivismo também — mas, ao que parece, ainda insistem que sou um positivista por dizer que o texto legal importa,[8] e talvez seja pelo mesmo motivo que ainda ressoe, nas salas de aula, que Kelsen — sobre quem falarei com mais vagar no tópico subsequente — era um exegeta. Positivismo é muito mais do que aquilo que foi a sua formulação original: o legalismo (seja ele manifestado através do exegetismo francês, da jurisprudência dos conceitos na Alemanha, ou através da jurisprudência analítica inglesa — inaugurada, em certa medida, por Jeremy Bentham, em sua *expository jurisprudence*, que, somada ao todo, levava à campanha pela codificação do Direito em substituição ao *common law*).[9]-[10]

O professor e ex-ministro Eros Roberto Grau acerta no início, quando liga ao positivismo uma ideia de separação entre concepções — talvez, para os

---

7 Sobre positivismo e sua complexidade, sugiro a leitura de professores brasileiros como: TORRANO, Bruno. A "aliança estratégica" entre positivismo jurídico e hermenêutica de Lenio Streck. **Consultor Jurídico,** São Paulo, março de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-23/alianca-estrategica-entre-positivismo-hermeneutica-streck>. Acesso em 13 jul. 18; COELHO, André. Raz: Direito, autoridade e positivismo exclusivo. **Filósofo Grego,** Pará, novembro de 2012. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2012/11/raz-direito-autoridade-e-positivismo.html>. Acesso em 13 jul. 18; COELHO, André. Raz: Razões de primeira ordem, de segunda ordem e autoridade. **Filósofo Grego,** Pará, novembro de 2012. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/search?q=joseph+raz>. Acesso em 13 jul. 18; COELHO, André. "Legality", de Scott J. Shapiro: uma introdução. **Filósofo Grego,** Pará, fevereiro de 2016. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2016/02/legality-de-scott-j-shapiro-uma.html>. Acesso em 13 jul. 18; BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? **Novos Estudos Jurídicos (*On-line*)**, v. 20, p. 307-327, 2015.

8 Vejam: De "o texto legal importa" não se segue que eu acredite nas falácias já superadas *pelo próprio positivismo* de que a aplicação do Direito como deve ser implica em um textualismo raso, ingênuo, segundo o qual basta "aplicar o que está escrito" (como se isso *(i)* fosse possível e *(ii)* significasse alguma coisa).

9 Falei sobre isso nas notas introdutórias que acrescentei à última edição de meu *Verdade e Consenso. Cf.* STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6. ed., revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2017.

10 Para uma desmi(s)tificação da obra de Jeremy Bentham, ver artigo que publiquei na *Revista Brasileira de Direito Processual*, em coautoria com Igor Raatz e Gilberto Morbach. *Cf.* STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Desmistificando o positivismo de Jeremy Bentham: sua codificação utilitarista e a rejeição ao *stare decisis* como autorização para errar por último. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, ano 25, n. 99, jul./set. 2017, pp. 221-242.

positivistas, *conceitos* —, sejam elas(es) meramente pessoais, subjetivas(os), ou não, de *justiça* e *direito positivo*. Essa ideia pode ser vista na clássica formulação de John Austin, pai da (já brevemente mencionada) jurisprudência analítica (hoje conhecida como *positivismo clássico inglês*, já que, ainda que, à época, não levasse o nome de positivismo, o reconhecimento do germe do fenômeno nessa escola é unânime na doutrina).[11] Para Austin, muito diretamente,

> *[...] a existência do Direito é uma coisa; seus méritos ou deméritos, outra. Existir é uma questão; estar de acordo a um determinado padrão é outra. Uma lei que de fato existe é uma lei, ainda que eventualmente desgostemos dela, ou venha de um texto que aprovamos ou desaprovamos.*[12]

Aqui, fica muito clara a origem das grandes teses positivistas: *(i)* a tese da *separabilidade* entre Direito e moral e *(ii)* a tese das *fontes sociais*,[13] que são as únicas fontes responsáveis pelo Direito. Veja-se que Hart — provavelmente, o maior nome do positivismo jurídico anglo-saxão, de quem também falarei com mais vagar a seguir — dá uma definição muito parecida: diz que o positivismo "designa a afirmação simples de que não é necessariamente verdade que as leis reproduzam certas exigências da moral ou a satisfaçam".[14]

O problema é que, daí em diante, Eros Grau esquece a grande pretensão que dominou as teorias positivistas a partir de Austin. Ela é nada mais que a tentativa de desenvolver teorias capazes de, tão somente, *descrever o Direito*, de forma *moralmente neutra*.

A tradição dominante do positivismo jurídico nunca disse que o juiz tem um dever de aplicar o texto legal. Mais: a tradição positivista dominante jamais disse nada sobre a atuação do juiz *per se*. Característica típica do juspositivismo é, justamente, *não se preocupar com a decisão judicial.* É *essa* minha divergência

11 Apenas para um esclarecimento terminológico — sou um hermeneuta; *palavras importam*: disso não se segue, necessariamente, que *unanimidade, consenso,* signifiquem *verdade.*

12 Tradução livre para "[t]*he existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text, by which we regulate our approbation and disapprobation".* Em AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001 [1832], p. 157.

13 Naquilo que Ronald Dworkin (bem) chama — e eu acompanho — de tese do *pedigree*. Para essa e outras belas críticas do positivismo, ver *O Modelo de Regras I. Cf.* DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 1. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 23-72.

14 HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 240.

Doi: 10.14210/nej.v24n3.p890-902

com o positivismo, e é *esse* o equívoco de Eros Grau. Como defender que os juízes respeitem a lei invocando uma teoria cuja tradição dominante *nada tem a dizer* sobre a forma como os juízes devem se comportar?

Veja-se, ainda, que é *muito pelo contrário*. Explico: retomando, depois de Austin, no século XIX, o grande nome do positivismo é H. L. A. Hart. Já na década de 1960, de forma muito sofisticada,[15] Hart vai modernizar, em sua obra *O Conceito de Direito* — a partir de paradigmas inaugurados por Ludwig Wittgenstein, em *Investigações Filosóficas* — o conceito que Austin havia formulado: aquele segundo o qual o Direito era, simplesmente, *o comando de um soberano*.[16]

Para Hart, o Direito era, em verdade, uma união entre *regras primárias* (*i.e.* regras diretas, que regulam as condutas) e *regras secundárias* (regras acerca da modificação e funcionamento das regras primárias), constituindo uma *prática social* originada a partir daquilo que o autor denominou de *regra de reconhecimento* — uma *convenção* entre os funcionários do sistema, responsáveis pela aplicação do Direito, a partir da qual estes aceitam e aplicam os padrões e os critérios que pautam o funcionamento do sistema jurídico.[17]

Não é o propósito deste texto pormenorizar a teoria *hartiana.* Contudo, é importante que tenhamos em mente ao menos essas brevíssimas noções para que entendamos por que o positivismo, como ele é efetivamente é *o exato oposto* do que dá a entender o artigo de Eros Grau. Hart — que deixa muito claro não se preocupar em dizer como o Direito deve ser, ao mencionar, ao início de sua já mencionada *magnum opus,* que pretende[18] fazer uma espécie de "sociologia

15 Isto tem de ser dito: minhas divergências e ressalvas ao fenômeno não significam que eu não respeite os teóricos positivistas, suas complexidades e, sobretudo, seu importantíssimo legado; muito pelo contrário. Tenho profundo respeito por autores como Kelsen, Hart e até mesmo os mais contemporâneos, como Raz, Marmor e Shapiro.

16 Era assim que, desde Hobbes e Bentham, Austin conceituava o Direito — e, consequentemente, diferenciava o comando jurídico de outras espécies, como pressões exercidas pela moralidade pública, comandos divinos (Austin, diga-se, era um cristão), etc.: era direito válido aquilo que fosse um comando do soberano e implicasse uma sanção na hipótese de descumprimento.

17 No positivismo de Austin e Hart, além de uma série de outras versões, são explicitadas com mais vagar no verbete *positivismo jurídico*, de meu *Dicionário de Hermenêutica. Cf.* STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

18 E digo "pretende" porque, para mim — e para quem opera a partir de um paradigma hermenêutico —, descrições *moralmente neutras* são *impossíveis.* Não subscrevo à tese *humeniana* de que há uma dicotomia entre *fato* e *valor*. Para explicar, peço licença para tomar emprestado o belo argumento de Alasdair MacIntyre (filósofo moral que defende um retorno a Aristóteles e à ética das virtudes). Vejamos: das premissas aparentemente descritivas que dispõem, por exemplo, que *(i)* "*o relógio não marca as horas corretamente*" e *(ii)* "*o fazendeiro teve um índice de produção maior do que todos os outros*" seguem-se, logicamente, as premissas "*o relógio é ruim*" e "*o fazendeiro é bom*". Porque, nas palavras de MacIntyre, "*o conceito de relógio não pode ser definido independentemente do conceito de um bom relógio e o conceito de fazendeiro independentemente do bom fazendeiro*". MACINTYRE, Alasdair. **After Virtue**: A Study in Moral Theory. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007, p. 57-58.

descritiva" do Direito — baseia sua (tentativa de) descrição acerca do que é o Direito em *(i) convenções* e, desde sua herança na filosofia da linguagem ordinária, *(ii)* na ideia de que os textos jurídicos denotam, em algum momento, um grau de *textura aberta*. As conclusões são óbvias: convenções esgotam-se, e *texturas abertas* podem gerar dúvidas quando da aplicação. Hart e os positivistas não são ingênuos; longe disso. São teóricos sérios, e, por isso, não negam aquilo que é inegável. Contudo, apostam em uma solução que não me parece adequada: a *discricionariedade*. As considerações de Hart sobre a textura aberta são elucidativas:

> [...] *não apenas no terreno das normas, mas em todos os caminhos da existência, há um limite inerente à natureza da linguagem, para a orientação que a linguagem geral pode oferecer.*[19]

Para Hart, qualquer que seja a estratégia escolhida para a transmissão de padrões de comportamento — leis, precedentes, *etc.* — jamais será completa, porque

> [...] *esses padrões, por muito facilmente que funcionem na grande massa de casos comuns se mostrarão imprecisos em algum ponto, quando sua aplicação for posta em dúvida; terão o que se tem chamado de textura aberta.*[20]

Em outras palavras, o positivismo, ao reconhecer que é impossível — quando se fala em *Direito* — conceber um código, uma legislação, um sistema completo, infinito, aceita que, quando a convenção termina, o juiz decida com base em seu juízo discricionário. Dworkin, em suas críticas, resumiu bem: para o positivista, "*quando não há regra clara disponível, deve-se usar o poder discricionário pra julgar*".[21] Ora, esse resultado nem poderia ser diferente: o positivista não tem pretensões de dizer como o Direito deve ser aplicado. A discricionariedade torna-se, pois, nada mais que um resultado natural.

Por que essa digressão? Para que fique muito evidente o quanto está equivocado o artigo de Eros Grau — que, como disse, é apenas *uma* manifestação

19 HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 164.

20 HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 166.

21 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 1. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 55.

Doi: 10.14210/nej.v24n3.p890-902

de um senso comum teórico — ao defender a legalidade, a aplicação e o respeito à lei, com base em uma teoria que *(i)* não está preocupada em dizer como deve funcionar a aplicação do Direito e, mais, *(ii)* aceita a tese da discricionariedade. É o exato oposto do que parece defender o artigo do ex-ministro.

(AINDA) KELSEN (DE NOVO)

Há, ainda, outro trecho do texto de Eros Grau que salta aos olhos: diz que *"[a] justiça absoluta — aprendi esta lição em Kelsen — é um ideal irracional; a justiça absoluta só pode emanar de uma autoridade transcendente, só pode emanar de Deus"*.

Pois bem, não compartilho do relativismo de Eros Grau (e de Kelsen). Penso que, além de equivocado, o não cognitivismo ético representa um grande risco de que aceitemos que *tudo é relativo* (para não mencionar o paradoxo: quem diz que não há verdades tem, ao mesmo tempo, por óbvio, a pretensão de estar dizendo a verdade). De todo modo, ao menos nisto o ex-ministro acerta: Kelsen era mesmo um relativista no âmbito da metaética.[22]

Contudo, não deixa de ser curioso perceber que uma das inspirações de Eros Grau, em texto (supostamente) em defesa do "positivismo", para *defender uma aplicação adequada do Direito* seja logo Kelsen. Porque a ideia de que Kelsen defendia que os juízes deviam aplicar a lei é tão difundida quanto equivocada. Kelsen *não separou* Direito e moral; Kelsen *jamais preconizou* aplicação legalista do Direito.

Dizer o contrário é mal compreender o *título* da obra mais lida de Kelsen quando o assunto é este: *Teoria Pura do Direito*. É a *teoria* que é pura, não o Direito;[23] como (muito) bem dizia o saudoso Luis Alberto Warat, que compreendeu Kelsen como poucos, a pureza está no olhar, e não no objeto olhado. Como bem ressalta Leonel Severo Rocha, que, com Warat, sabe dizer que, em Kelsen, "[*o*] *Direito é a linguagem-objeto, a ciência do Direito é a metalinguagem: dois planos distintos e incomunicáveis*".[24]

---

22 Sobre o ponto — tanto em Kelsen quanto no Direito *lato sensu* —, ver o belíssimo *Metaética e a Fundamentação do Direito*, de Arthur Ferreira Neto. *Cf.* FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a Fundamentação do Direito**. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2015.

23 Ver o verbete *a pureza do Direito kelseniana*, em meu *Dicionário de Hermenêutica. Cf.* STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

24 ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 72.

Doi: 10.14210/nej.v24n3.p890-902

Ou seja: em Kelsen, há uma cisão *não* entre Direito e Moral; pelo contrário. Há, sim, uma cisão entre *Direito* e *Ciência do Direito*. Para Kelsen, o Direito, linguagem objeto, deve ser descrito pela Ciência do Direto, metalinguagem. No primeiro, as normas, que exsurgem de um ato de vontade (do legislador na elaboração das leis, do juiz na interpretação e na sentença), carregam, em si, um espaço de mobilidade sob o qual se movimenta o intérprete, em razão dos problemas semânticos que se verificam na aplicação de um signo linguístico. Agora, no segundo, a interpretação é ato de conhecimento: na descrição do Direito, em metalinguagem, a Ciência do Direito produz proposições inter-relacionáveis, de maneira lógico-formal. Daí fica muito claro que Kelsen não só nunca separou Direito e moral como, inclusive, entendia completamente o contrário; em Kelsen, o Direito é política jurídica, envolve moral, subjetivismos. Isso é muito claro.

Kelsen teve seu célebre debate constitucional com Carl Schmitt no ano de 1933; em 1934 escreve *Teoria Pura do Direito*. No conhecido Capítulo VIII, Kelsen desenvolve pela primeira vez a questão da interpretação, onde prevê que a norma — que é sempre o sentido objetivo imputado a um ato de vontade — opera sempre de uma determinada "moldura", metáfora esta que representa bem a ideia de limites semânticos do texto. Na segunda versão de Teoria Pura do Direito, porém, lançada em 1960, Kelsen abandona a ideia de moldura, determinando que a norma pode ser produzida ainda que "se situe completamente fora da moldura". Com isso, fica claro que até mesmo Kelsen abandona a ideia de que os limites semânticos do texto servem para impor uma limitação nos tribunais.[25]

CONSIDERAÇÕES FINAIS: *DE COMO EROS GRAU ACERTA AO ERRAR, E ERRA AO ACERTAR*

É justamente por subscrever ao relativismo moral que Eros Grau não é capaz de exigir uma correta aplicação a partir de uma interpretação autêntica do Direito. Veja como o ex-ministro é, de fato, em muitas medidas, *kelseniano*:

> [...] *Eis, pois, a regra: a decisão jurídica correta a ser tomada em cada caso há de ser aquela que o juiz entende, em sua consciência, que deve (não que pode) tomar. O grave está em que cada caso comporta mais de uma solução correta, nenhuma exata.*

25 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 394.

Doi: 10.14210/nej.v24n3.p890-902

Eros Grau diz que há *mais de uma* resposta correta, e que o julgador deve optar por uma delas recorrendo à *sua consciência*. Relativismo moral; rejeição à tese de que há, em Direito, *uma* resposta correta;[26] juízes decidindo discricionariamente, de acordo com suas próprias consciências. O ex-ministro acerta: nada mais positivista que isso. Mas, ao acertar, *erra*: porque pretende, baseado nessas premissas, defender uma tese *não positivista*, que *não se sustenta a partir de teses positivistas*: a de que os juízes devem aplicar corretamente a Constituição e as leis.

Esse é o paradoxo. O texto *acerta ao errar* — erra ao apostar no relativismo moral, mas, com isso, acerta ao expor, sem querer, a *causa* e o *problema* da discricionariedade positivista — e *erra ao acertar* — acerta em pedir o fim da "*ponderação*" (à brasileira) e da sobreposição de concepções pessoais de justiça à lei democraticamente aprovada, mas erra ao ver, nisso, a necessidade de uma defesa do positivismo jurídico.

Numa palavra final: há alguns anos, escrevi um texto com o título que era uma pergunta: "Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?"[27]. O pano de fundo era uma resposta a uma "acusação" de positivismo que uma importante professora me fizera em uma banca de mestrado, quando eu defendia a aplicação de um dispositivo do Código de Processo Penal. Disse ela: "Você quer a aplicação literal da lei? Então você é um positivista". Veja-se, assim, a complexidade do problema. Por isso, escrevi o Dicionário de Hermenêutica Jurídica[28], no qual o verbete correspondente ao positivismo é o mais extenso. Tem razão de ser.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001 [1832].

BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo

26 Eu, ao contrário, defendo — como Dworkin — a ideia de que há, em Direito, *uma* resposta correta. Àquilo que o jusfilósofo norte-americano chama de *one right answer* dei, no contexto brasileiro, o nome de *RAC* ("Resposta Adequada à Constituição"). No ponto, ver o verbete *Resposta Adequada à Constituição,* em meu *Dicionário de Hermenêutica. Cf.* STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

27 STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a "Letra da Lei" é uma atitude positivista?. **Novos Estudos Jurídicos** (Online), v. 15, p. 158-173, 2010.

28 STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito a luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

jurídico depois de H. L. A. Hart? **Novos Estudos Jurídicos (Online)**, v. 20, p. 307-327, 2015.

COELHO, André. Raz: Direito, autoridade e positivismo exclusivo. **Filósofo Grego,** Pará, novembro de 2012. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2012/11/raz-direito-autoridade-e-positivismo.html>. Acesso em 13 jul. 18.

___________. Raz: Razões de primeira ordem, de segunda ordem e autoridade. **Filósofo Grego,** Pará, novembro de 2012. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/search?q=joseph+raz>. Acesso em 13 jul. 18.

___________. "Legality", de Scott J. Shapiro: uma introdução. **Filósofo Grego,** Pará, fevereiro de 2016. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2016/02/legality-de-scott-j-shapiro-uma.html >. Acesso em 13 jul. 18.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Direitos Fundamentais e Teoria Discursiva**: dos pressupostos teóricos às limitações práticas. Salvador: Juspodivm, 2018.

DE MORAIS, Fausto Santos. **Ponderação e Arbitrariedade**: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Juspodivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 1. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a Fundamentação do Direito**. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2015.

GRAU, Eros. Juízes interpretam e aplicam a Constituição e as leis, não fazem justiça**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, 14 de maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-14/eros-grau-juizes-aplicam-direito-nao-fazem-justica>. Acesso em: 24 de maio 2018.

___________. **Por Que Tenho Medo Dos Juízes**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ACINTYRE, Alasdair. **After Virtue**: A Study in Moral Theory. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007, p. 57-58.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

___________. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6. ed., revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2017.

___________. Aplicar a “Letra da Lei” é uma atitude positivista?. **Novos Estudos Jurídicos** (Online), v. 15, p. 158-173, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Desmistificando o positivismo de Jeremy Bentham: sua codificação utilitarista e a rejeição ao *stare decisis* como autorização para errar por último. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, ano 25, n. 99, jul./set. 2017, pp. 221-242.

TORRANO, Bruno. A “aliança estratégica” entre positivismo jurídico e hermenêutica de Lenio Streck. **Consultor Jurídico,** São Paulo, março de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-23/alianca-estrategica-entre-positivismo-hermeneutica-streck>. Acesso em 13 jul. 18.

Recebido em: julho/2018

Aprovado em: agosto/2018

fáticas e, sobretudo, valorativas do plano da ciência jurídica, de molde a assegurar os votos de castidade axiológica do jurista. A busca do direito justo passa a depender das inclinações político-ideológicas de cada indivíduo, relegando ao campo do ceticismo e do relativismo a compreensão do direito justo.

Ademais, o dogma da segurança jurídica, um dos pilares da doutrina positivista, admite questionamentos bastante incisivos.

Para a doutrina positivista, a segurança se afigura como um dos valores mais relevantes do acervo axiológico da experiência jurídica, sinalizando a importância da estabilidade e da previsibilidade nas relações sociais como meios para a concretização do direito justo.

Não se trata, contudo, de um valor absoluto, supostamente capaz de esgotar a ideia de justiça. Decerto, em nome do valor da segurança, o positivismo jurídico erigiu a primazia do direito positivo em face do direito natural, reduzindo o direito justo ao direito estampado no sistema normativo da ordem jurídica, independentemente de sua legitimidade e efetividade. Isto propiciou, ao longo da história do Ocidente, experiências sociais muitas vezes trágicas, a exemplo dos arbítrios cometidos pelos regimes totalitários do século XX, sob o manto da legalidade.

Como bem assevera Carlos Aurélio Mota de Souza (1996, p. 269), os valores segurança e justiça não são necessariamente contraditórios, visto que a realização de um direito justo depende da materialização da segurança jurídica e da consequente estabilidade das expectativas de comportamento social, mas enquanto esta é, muitas vezes, um poder ético, desarmado, sua garantia de efetivação no direito repousa na materialidade objetiva da segurança jurídica.

Decerto, a segurança jurídica permite também a realização do direito justo, porque a ideia de justiça liga-se intimamente à ideia de ordem. No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é degrau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético.

Como se apreende do exposto, as referidas variações do positivismo jurídico não abordam, com profundidade, o problema da justiça no plano hermenêutico, priorizando as preocupações com os valores da ordem e segurança, além de subordinar o exame da legitimidade do direito à especial observância dos critérios de validez formal que fundamentam a produção das normas jurídicas.

4. A crise da modernidade positivista e a nova interpretação do direito

Desde a época do Renascimento, a humanidade já havia sido guindada ao patamar de centro do universo. Típica da nova perspectiva era a visão de

Francis Bacon, segundo a qual os homens poderiam desvendar os segredos da realidade, para, então, dominar a natureza. Posteriormente, René Descartes lançou as bases filosóficas do edifício moderno, definindo a essência humana como uma substância pensante (*cogito, ergo sum*) e o ser humano como um sujeito racional autônomo. Na mesma senda, Isaac Newton conferiu à modernidade o seu arcabouço científico, ao descrever o mundo físico como uma máquina, cujas leis imutáveis de funcionamento poderiam ser apreendidas pela mente humana. Na seara político-social, despontou o pensamento de John Locke, vislumbrando a relação contratual entre governantes e governados, em detrimento do absolutismo, e a supremacia dos direitos naturais perante os governos tirânicos.

Abeberando-se neste rico manancial de ideias, coube ao o movimento iluminista, no século XVIII, consolidar o multifacético projeto da modernidade. Diderot, Voltaire, Rousseau e Montesquieu inaugurariam, de modo triunfal, a idade da razão. Sob a influência do iluminismo, Immanuel Kant complementaria o ideário moderno, ao enfatizar o papel ativo da mente no processo de conhecimento. Para Kant, o intelecto sistematizaria os dados brutos oferecidos pelos órgãos sensoriais por meio de categorias inatas, como as noções de espaço e tempo. Nessa perspectiva, o "eu pensante", ao desencadear suas potencialidades cognitivas, afigurava-se como o criador do próprio mundo a ser conhecido. A pretensão transcendental de Kant supunha, assim, que a cultura e a ética refletiriam padrões universalmente racionais e humanos, submetendo-se os deveres ao princípio supremo da razão prática – o imperativo categórico. Ao conferir posição privilegiada ao sujeito do conhecimento, Kant elevou o respeito à pessoa humana como um valor ético absoluto. O sujeito kantiano tornava-se capaz de sair da menoridade e ser protagonista da história.

Com efeito, Kant (2005, p. 121) preocupa-se em fundamentar a prática moral não na pura experiência, mas em uma lei inerente à racionalidade universal humana, o chamado imperativo categórico – age só, segundo uma máxima tal, que possas querer, ao mesmo tempo, que se torne uma máxima universal. A ética é, portanto, o compromisso de seguir o próprio preceito ético fundamental, e pelo fato de segui-lo em si e por si. O homem que age moralmente deverá fazê-lo não porque visa à realização de qualquer outro algo, mas pelo simples fato de colocar-se de acordo com a máxima do imperativo categórico. O agir livre é o agir moral. O agir moral é o agir de acordo com o dever. O agir de acordo com o dever é fazer de sua lei subjetiva um princípio de legislação universal, a ser inscrita em toda a natureza humana.

Assim, o programa moderno estava embasado no desenvolvimento implacável das ciências objetivas, das bases universalistas da ética e de uma arte

autônoma. Seriam, então, libertadas as forças cognitivas acumuladas, tendo em vista a organização racional das condições de vida em sociedade. Os proponentes da modernidade cultivavam ainda a expectativa de que as artes e as ciências não somente aperfeiçoariam o controle das forças da natureza, como também a compreensão do ser e do mundo, o progresso moral, a justiça nas instituições sociais e até mesmo a felicidade humana.

Não é outro o entendimento de Alain Touraine (1994, p. 9), para quem a ideia de modernidade, na sua forma mais ambiciosa, foi a afirmação de que o homem é o que ele faz, e que, portanto, deve existir uma correspondência cada vez mais estreita entre a produção, tornada mais eficaz pela ciência, a tecnologia ou a administração, a organização da sociedade, regulada pela lei, e a vida pessoal, animada pelo interesse, mas também pela vontade de se liberar de todas as opressões. Sobre o que repousa essa correspondência de uma cultura científica, de uma sociedade ordenada e de indivíduos livres, senão sobre o triunfo da razão? Somente ela estabelece uma correspondência entre a ação humana e a ordem do mundo, o que já buscavam pensadores religiosos, mas que foram paralisados pelo finalismo próprio às religiões monoteístas baseadas numa revelação. É a razão que anima a ciência e suas aplicações; é ela também que comanda a adaptação da vida social às necessidades individuais ou coletivas; é ela, finalmente, que substitui a arbitrariedade e a violência pelo Estado de Direito e pelo mercado. A humanidade, agindo segundo suas leis, avança simultaneamente em direção à abundância, à liberdade e à felicidade.

Assim, nas suas conotações mais positivas, o conceito de modernidade indica uma formação social que multiplicava sua capacidade produtiva, pelo aproveitamento mais eficaz dos recursos humanos e materiais, graças ao desenvolvimento técnico e científico, de modo que as necessidades sociais pudessem ser respondidas, com o uso mais rigoroso e sistemático da razão. A modernidade caracterizava-se também pela forma participativa das tomadas de decisões na vida social, valorizando o método democrático e as liberdades individuais. O objetivo da sociedade moderna era oferecer uma vida digna, na qual cada um pudesse realizar sua personalidade, abandonando as constrições de autoridades externas e ingressando na plenitude expressiva da própria subjetividade.

A realização dos objetivos do projeto da modernidade seria garantida, no plano histórico, pelo equilíbrio entre os vetores societários de regulação e emancipação. As forças regulatórias englobariam as instâncias de controle e heteronomia. Já as forças emancipatórias expressariam as alternativas de expansão da personalidade humana, oportunizando rupturas, descontinuidades e transformações.

Neste sentido, salienta Boaventura Santos (1995, p. 77) que o projeto sociocultural da modernidade é muito rico, capaz de infinitas possibilidades e, como tal, muito complexo e sujeito a desenvolvimentos contraditórios. Assenta em dois pilares fundamentais, o pilar da regulação e o pilar da emancipação. São pilares, eles próprios, complexos, cada um constituído por três princípios. O pilar da regulação é constituído pelo princípio do Estado, cuja articulação se deve principalmente a Hobbes; pelo princípio do mercado, dominante, sobretudo na obra de Locke; pelo princípio da comunidade, cuja formulação domina toda a filosofia política de Rousseau. Por sua vez, o pilar da emancipação é constituído por três lógicas de racionalidade: a racionalidade estético-expressiva da arte e da literatura; a racionalidade moral-prática da ética e do direito; e a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica.

Assim, o programa da modernidade fundar-se-ia na estabilidade dos referidos pilares, assegurada pela correlação existente entre os princípios regulatórios e as lógicas emancipatórias. Dessa forma, a racionalidade ético-prática, que rege o direito, seria relacionada ao princípio do Estado, uma vez que o Estado moderno era concebido como o detentor do monopólio de produção e aplicação das normas jurídicas. A racionalidade cognitivo-instrumental, por seu turno, seria alinhada ao princípio do mercado, porquanto a ciência e a técnica afiguravam-se como as molas mestras da expansão do sistema capitalista.

Com efeito, no plano gnoseológico, o projeto da modernidade trouxe a suposição de que o conhecimento seria preciso, objetivo e bom. Preciso, pois, sob o escrutínio da razão, tornava-se possível compreender a ordem imanente do universo; objetivo, porquanto o modernista se colocava como observador imparcial do mundo, situado fora do fluxo da história; bom, pois o otimismo moderno conduzia à crença de que o progresso seria inevitável e de que a ciência capacitaria o ser humano a libertar-se de sua vulnerabilidade à natureza e a todo condicionamento social.

O cerne do programa moderno residia, indubitavelmente, na confiança na capacidade racional do ser humano. Os modernos atribuíam à razão papel central no processo cognitivo. A razão moderna compreende mais do que simplesmente uma faculdade humana. O conceito moderno de razão remetia à assertiva de que uma ordem e uma estrutura fundamentais são inerentes ao conjunto da realidade. O programa moderno se alicerçava na premissa de que a correspondência entre a tessitura da realidade e a estrutura da mente habilitaria esta última a discernir a ordem imanente do mundo exterior.

A ideia de uma modernidade denotava, assim, o triunfo de uma razão redentora, que se projetaria nos diversos setores da atividade humana. Esta

razão deflagraria a secularização do conhecimento, conforme os arquétipos da física, geometria e matemática. Viabilizaria a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência, concebida como a única forma válida de saber. Potencializaria, por meio do desenvolvimento científico, o controle das forças adversas da natureza, retirando o ser humano do reino das necessidades. Permitiria ao homem construir o seu destino, livre do jugo da tradição, da tirania, da autoridade e da sanção religiosa.

Neste compasso, refere João Petrini (2003, p. 27) que o projeto da modernidade nasceu para desenvolver a ciência objetiva, a moralidade e a lei universais e a arte, com total autonomia de qualquer instância superior, construindo-se nos termos da vida própria lógica interna destas. O desenvolvimento das ciências deveria permitir o domínio da natureza, respondendo progressivamente às necessidades dos homens e ampliando, portanto, a esfera da liberdade. A racionalidade desenvolvida nas ciências exatas e nas ciências naturais seria aplicada também à elaboração de formas racionais de organização da sociedade, proporcionando a emancipação, a libertação da escassez e das calamidades naturais. Esse processo de domínio, por parte da razão cartesiana, de todas as esferas da realidade humana e social, era considerado irreversível e levaria à libertação da irracionalidade dos mitos, das superstições e das religiões.

O programa moderno abria margem para a emergência do paradigma liberal-burguês na esfera jurídica. O conceito de Estado Constitucional de Direito é, ainda hoje, a pedra angular para o entendimento da modernidade jurídica. Surgido na dinâmica das revoluções burguesas (Revolução Gloriosa, Independência norte-americana, Revolução Francesa), o Estado Constitucional de Direito sintetiza um duplo e convergente processo de estatização do Direito e jurisdicização do Estado. Esta nova forma de organização estatal inaugura um padrão histórico específico de relacionamento entre o sistema político e a sociedade civil. Esta relação é intermediada por um ordenamento jurídico que delimita os espaços político e social. A ordem jurídica acaba por separar a esfera pública do setor privado, os atos de império dos atos de gestão, o interesse coletivo das aspirações individuais.

Para J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 87), o conceito de Estado Constitucional se apresenta mais como um ponto de partida do que um ponto de chegada, sendo o produto do desenvolvimento histórico de certas fórmulas político-jurídicas. O termo "constituição" significa constituição da sociedade, dentro da visão oitocentista, aspirando a ser um corpo jurídico de regras aplicáveis ao corpo social. Nos principais teóricos do constitucionalismo (Montesquieu, Rousseau, Locke), encontra-se a ideia de que a constituição se refere não apenas ao Estado, mas à própria comunidade política, ou seja, à *res publica*.

A partir do início do século XIX, a constituição passa a ter como referente o Estado, e não a sociedade, em face de diversas razões. Em primeiro lugar, merece registro a evolução semântica do conceito, que passou a orientar-se pela noção de Estado-nação. A segunda razão político-sociológica relaciona-se com a progressiva estruturação do Estado liberal, cada vez mais assentado na separação Estado-sociedade civil. Em terceiro lugar, aponta-se uma justificativa filosófica-política, pois, sob a influência da filosofia hegeliana e do juspublicismo germânico, a constituição passa a designar a ordem do Estado, reduzindo-se à condição de simples lei do Estado e do seu poder. Neste sentido, desponta a constituição como a lei proeminente que conforma o Estado.

De outro lado, o conceito moderno de Estado se afigura como uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de qualidades que a distinguem de outros poderes e organizações de poder. Dentre estes atributos, destaca-se a qualidade de poder soberano, que se traduz num poder supremo no plano interno e num poder independente no plano internacional, daí decorrendo os elementos constitutivos do Estado: poder político de comando, povo e território.

Salienta ainda o autor que, embora a ideia de unidade política soberana do Estado esteja em crise como resultado da globalização/internacionalização/integração interestatal, continua a ser um modelo operacional como uma comunidade juridicamente organizada. Apresenta-se, assim, o Estado tanto como um esquema aceitável de racionalização institucional das sociedades modernas, como uma tecnologia de equilíbrio político-social, por meio da qual se combatem a autocracia absolutista e os privilégios das corporações medievais.

Ainda segundo J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 92), o Estado Constitucional de Direito, gestado durante a modernidade jurídica, deve ser entendido como um Estado de Direito Democrático. A concretização do Estado Constitucional de Direito gera a necessidade de procurar o pluralismo de estilos culturais, a diversidade de circunstâncias, condições históricas e códigos de observação próprios dos ordenamentos jurídicos concretos, na tentativa de alicerçar a noção de juridicidade estatal, sendo ilustrativas as noções de *rule of law, always under law, l'état legal e rechtsstaat.*

Com efeito, a fórmula britânica do *rule of law* comporta quatro dimensões básicas: a observância de um processo justo regulado, quando se tiver de julgar e punir os cidadãos, privando-os da liberdade e da propriedade; a proeminência das leis e costumes do país perante a discricionariedade do poder real; a sujeição de todos os atos do executivo à soberania do parlamento; a igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos, segundo os princípios do direito comum (*common law*).

Por sua vez, a noção de Estado Constitucional nos Estados Unidos deve ser referida à ideia de *always under law*, daí advindo três importantes desdobramentos. Em primeiro lugar, decorre o direito do povo de fazer uma lei superior em que se estabeleçam os esquemas essenciais do governo e os respectivos limites, com a tutela das liberdades dos cidadãos. Em segundo lugar, o Estado Constitucional associa a juridicidade do poder à justificação do governo, visto que as razões de governo devem ser razões públicas, tornando patente o consentimento do povo em ser governado em determinadas condições. O governo tem a obrigação jurídico-constitucional de governar segundo leis dotadas de unidade, publicidade, durabilidade e antecedência. Em terceiro lugar, merece registro a ideia de que os tribunais exercem a justiça em nome do povo, que neles deposita a confiança de preservação dos princípios de justiça e dos direitos condensados na lei superior, o que justifica, inclusive, o instituto do *judicial review of legislation*.

A seu turno, a ideia do Estado de Direito no constitucionalismo francês foi assentada na construção de um État Legal concebido como uma ordem jurídica hierárquica (declaração de 1789, constituição, legislação e atos do executivo de aplicação das leis), embora o Estado Constitucional tenha se transmutado em simples Estado legal, neutralizando a concepção de uma supremacia da constituição. Daí por que se afirma que o constitucionalismo francês pode ser considerado um "constitucionalismo sem constituição".

De outro giro, a palavra "Rechtsstaat" expressa uma dimensão da via especial do constitucionalismo alemão, que defendeu um modelo de Estado de Direito como Estado liberal, porque limitado à tutela da ordem e segurança públicas, remetendo-se os domínios econômicos e sociais para os mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência. Daí defluiriam os seguintes postulados: afirmação de direitos fundamentais fundados no respeito à esfera de liberdade individual, submissão do soberano ao império da lei, princípio da legalidade da administração, princípio da proibição do excesso e a exigência do controle judicial da atividade da administração.

Assim, o Estado Constitucional moderno não é nem deve ser apenas entendido como um Estado de Direito, pois ele tem de estruturar-se como Estado de Direito Democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo, tal como sintetizado no princípio da soberania popular. Decerto, Estado de Direito e democracia correspondem a dois modos de ver a liberdade, concebida, na primeira hipótese, como liberdade negativa, e, na segunda hipótese, como liberdade positiva.

O Estado Constitucional moderno corresponde a mais do que o Estado de Direito, visto que o elemento democrático serve não só para limitar o Es-

tado, mas também para legitimar o exercício do poder político. Logo, é o princípio da soberania popular, segundo o qual todo o poder vem do povo, que, concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados, permite harmonizar os pilares do Estado de Direito e do Estado Democrático, potencializando a compreensão da fórmula moderna do Estado de Direito Democrático.

Neste sentido, o Estado Constitucional de Direito apresenta, como traços marcantes de sua conformação histórica, os princípios da soberania nacional, da independência dos poderes e da supremacia constitucional. O princípio da separação dos poderes, técnica destinada a conter o absolutismo, atribui a titularidade da função legislativa a parlamentos compostos pelos representantes da nação, restringe o campo de atuação do Poder Executivo aos limites estritos das normas legais e confere ao Poder Judiciário a competência para julgar e dirimir conflitos, neutralizando-o politicamente. O Estado submete-se ao primado da legalidade. A lei é concebida como uma norma abstrata e genérica emanada do parlamento, segundo um processo previsto pela Constituição. A Carta Magna, na acepção liberal, apresenta-se como uma ordenação sistemática da comunidade política, plasmada em regra num documento escrito, mediante o qual se estrutura o poder político e se asseguram os direitos fundamentais dos cidadãos.

Como se depreende dos elementos integrantes da noção de Estado Constitucional de Direito, a ideia moderna de que os homens se encontravam aptos a delinear um projeto racional informa as definições clássicas de lei e Constituição. As normas legais afiguram-se como instrumentos de uma razão planificante, capaz de engendrar a codificação do ordenamento jurídico e a regulamentação pormenorizada dos problemas sociais. A Constituição, produto de uma razão imanente e universal que organiza o mundo, cristaliza, em última análise, o pacto fundador de toda a sociedade civil.

O fenômeno da positivação é, pois, expressão palmar da modernidade jurídica, permitindo a compreensão do direito como um conjunto de normas postas. Ocorrido, em larga medida, a partir do século XIX, corresponde à legitimidade legal-burocrática preconizada por Max Weber, porquanto fundada em ritos e mecanismos de natureza formal. A positivação desponta como um conjunto de procedimentos capaz de moldar valores e padrões de conduta.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1980, p. 40), o fenômeno da positivação concebe o direito positivo como o que vale em virtude de uma decisão e que somente por força de uma nova decisão pode ser revogado, concepção presente no legalismo, que reduziu o direito à lei. Positivação e decisão são termos correlatos, visto que o fenômeno da positivação do direito é aquele por meio do qual todas as valorações, normas e expectativas de comportamento na so-

ciedade têm que ser filtradas mediante processos decisórios antes de poderem adquirir a validade. Logo, o fenômeno da positivação estabelece o campo em que se move a ciência do direito moderna, não fazendo do direito positivo o seu objeto único, mas envolvendo o ser humano de tal modo que toda reflexão sobre o direito tem de tomar posição sobre ela.

Assim, a lei, resultado de um conjunto de atos e procedimentos formais (iniciativa, discussão, *quorum*, deliberação), torna-se, destarte, a manifestação cristalina do direito. Daí advém a identificação moderna entre direito e lei, restringindo o âmbito da experiência jurídica. A análise global da conjuntura da época possibilita o entendimento do sentido desta idolatria à lei.

Em primeiro lugar, o apego excessivo à norma legal refletia a postura conservadora de uma classe que ascendera no plano social, na esteira do movimento jusnaturalista. Decerto, o jusnaturalismo racionalista consolida-se com o advento da ilustração, despontando a racionalidade humana como um código de ética universal e pressupondo um ser humano único em todo o tempo e em todo o espaço. Os iluministas acreditavam, assim, que a racionalidade humana, diferentemente da providência divina, poderia ordenar a natureza e a vida social. Este movimento jusnaturalista, de base antropocêntrica, utilizou a ideia de uma razão humana universal para afirmar direitos naturais ou inatos, titularizados por todo e qualquer indivíduo, cuja observância obrigatória poderia ser imposta até mesmo ao Estado, sob pena de o direito positivo corporificar a injustiça.

Historicamente, o jusnaturalismo racionalista serviu de alavanca teórica *para as revoluções liberais burguesas que caracterizaram a modernidade jurídica (Revolução Inglesa, Independência norte-americana, Revolução Francesa), orientando o questionamento aos valores positivados na ordem jurídica* do antigo regime. Nessa época, os direitos naturais de liberdade, igualdade e fraternidade passam a ser difundidos e contrapostos ao poder absoluto da monarquia.

Para Tércio Sampaio (1980, p. 30), o direito, no âmbito do movimento jusnaturalista, se, de um lado, quebra o elo entre jurisprudência e procedimento dogmático fundado na autoridade; de outro, procura aperfeiçoar ao dar-lhe a qualidade de sistema. A teoria jurídica passa a ser um construído sistemático da razão, e em nome da própria razão, como uma crítica da realidade. Assim, remanescem duas contribuições importantes: o método sistemático conforme o rigor lógico da dedução; e o sentido crítico-avaliativo do direito posto em nome de padrões éticos contidos nos princípios reconhecidos pela razão humana.

Ao encampar o poder político, a burguesia passou a utilizar a aparelhagem jurídica em conformidade com seus interesses, pois se a utopia jus-

naturalista impulsionou a revolução, a ideologia legalista legitimou a preservação do *statu quo* pelo argumento de que o conjunto de leis corporificava o justo pleno, cristalizando formalmente os princípios perenes do direito natural.

A passagem da concepção jusnaturalista à positivista legalista está ligada à formação do Estado moderno, que surge com a dissolução da sociedade medieval. Ocorre, assim, o processo de monopolização da produção jurídica pelo Estado, rompendo com o pluralismo jurídico medieval (criação do direito pelos diversos agrupamentos sociais) em favor de um monismo jurídico, em que o ente estatal prescreve o direito, seja por meio da lei ou, indiretamente, pelo reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Antes, o julgador podia obter a norma tanto de regras preexistentes na sociedade quanto de princípios equitativos e de razão. Com a formação do Estado moderno, o juiz, de livre órgão da sociedade, torna-se órgão do Estado, titular de um dos poderes estatais, o Judiciário, subordinado ao Legislativo. O direito positivo – direito posto e aprovado pelo Estado – é, pois, considerado como o único e verdadeiro direito.

Além disto, as demandas do industrialismo, bem como a celeridade das transformações econômicas, exigiam um instrumental jurídico mais dinâmico e maleável. Em contraste com o processo de lenta formação das normas consuetudinárias, a lei se afigurava como um instrumento expedito, pronto a disciplinar as novas situações de uma realidade cambiante. Ocorreu a institucionalização da mutabilidade do direito, isto é, a ordem jurídica tornou-se contingencial e manipulável conforme as circunstâncias.

O fastígio do princípio da separação de poderes, técnica de salvaguarda política e garantia das liberdades individuais, foi outro fator preponderante na configuração da modernidade jurídica. Na concepção moderna, o julgador, ao interpretar a lei, deveria ater-se à literalidade do texto legal, para que não invadisse a seara do Poder Legislativo, pelo que o magistrado deveria restringir-se à vontade da lei – *voluntas legislatoris*. A aplicação do direito seria, então, amparada no dogma da subsunção, pelo que o raciocínio jurídico consistiria na estruturação de um silogismo, envolvendo uma premissa maior (a diretiva normativa genérica) e uma premissa menor (o caso concreto), nos moldes preconizados pelo positivismo jurídico.

Para muitos estudiosos, o programa moderno, contudo, enquanto realizava o seu desiderato de constituir sujeitos autônomos e sociedades racionalmente organizadas, também desenvolvia os fermentos e as forças de sua própria dissolução.

Neste diapasão, acentua Marshall Berman (1986, p. 15) que a experiência ambiental da modernidade anula todas as fronteiras geográficas e raciais, de

classe e nacionalidade, de religião e ideologia; nesse sentido, pode-se dizer que a modernidade une toda a espécie humana. Porém, é uma unidade paradoxal, uma unidade da desunidade; ela nos despeja a todos num turbilhão de permanente desintegração e mudança, de luta e contradição, de ambiguidade e angústia. Ser moderno é fazer parte de um universo no qual, como disse Marx, tudo que é sólido desmancha no ar.

Os desvios e excessos do projeto da modernidade abrem margem para o aprofundamento de interpretações críticas, aptas a vislumbrar a feição repressiva do racionalismo ocidental. Deste modo, o pensamento contemporâneo sinaliza para uma transição paradigmática do programa moderno a uma cultura pós-moderna, cujos caracteres passam a ser delineados com o colapso da idade da razão.

Com a crise da modernidade, muitos estudiosos referiram a emergência de um novo paradigma de compreensão do mundo – a pós-modernidade. A perspectiva pós-moderna passou a indicar a falência das promessas modernas de liberdade, de igualdade, de progresso e de felicidade acessíveis a todos. A desconfiança de todo discurso unificante torna-se também o marco característico do pensamento pós-moderno. A realidade social, dentro da perspectiva pós-moderna, não existe como totalidade, mas se revela fragmentada, fluida e incerta.

Não é outro o entendimento de Zygmunt Bauman (1998, p. 10), para quem uma das consequências do "mal-estar da pós-modernidade" seria a vivência pessoal e coletiva de uma sensação de infelicidade. Se os mal-estares da modernidade provinham de uma espécie de segurança que tolerava uma liberdade pequena demais na busca da felicidade individual, os mal-estares da pós-modernidade provêm de uma espécie de liberdade de procura do prazer que tolera uma segurança individual pequena demais. Para ele, a liberdade sem segurança não assegura mais firmemente uma provisão de felicidade do que segurança sem liberdade.

Com efeito, no decorrer de seu transcurso histórico, o projeto da modernidade entrou em colapso. A vocação maximalista dos pilares regulatório e emancipatório, bem como dos princípios e lógicas internas, inviabilizou o cumprimento da totalidade de suas promessas. Ocorreu, em determinados momentos, a expansão demasiada do espaço social ocupado pelo mercado, a maximização da racionalidade científica e, de um modo geral, o desenvolvimento exacerbado do vetor da regulação ante o vetor da emancipação. O pilar emancipatório assumiu a condição de roupagem cultural das forças de controle e heteronomia, comprometendo o equilíbrio tão almejado entre os pilares modernos.

O programa da modernidade dissolveu-se num processo de racionalização da sociedade, que acabou por vincular a razão às exigências do poder político e à lógica específica do desenvolvimento capitalista. O conhecimento científico da realidade natural e social, entendido como meio de emancipação do ser humano, é submetido às injunções do poder vigente.

No que se refere à modernidade jurídica, assinala Boaventura Santos (2001, p. 119) que ao direito moderno foi atribuída a tarefa de assegurar a ordem exigida pelo capitalismo, cujo desenvolvimento ocorrera num clima de caos social que era, em parte, obra sua. O direito moderno passou, assim, a constituir um racionalizador de segunda ordem da vida social, um substituto da cientifização da sociedade, o *ersatz* que mais se aproximava – pelo menos no momento – da plena cientifização da sociedade que só poderia ser fruto da própria ciência moderna.

Denuncia-se o entrelaçamento das formações discursivas com as relações de poder. Com o aparecimento de uma razão tecnocrática, o saber se torna o serviçal e corolário lógico do poder. O discurso, mormente o científico, é convertido num eficiente instrumento de domínio. O discurso não é mais simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo pelo que se luta, o poder de que todos querem se apoderar.

Assim, a razão de matriz iluminista se banalizou, restringindo seu horizonte e delimitando seu campo de indagação aos interesses do poder. Favoreceu o progresso técnico e o crescimento econômico, mas engendrou problemas sociais. A racionalidade moderna não mais atendeu às exigências originárias do homem (liberdade, justiça, verdade e felicidade), mas, do contrário, sucumbiu às exigências do mercado.

Salientando este aspecto, sustenta Max Horkheimer (1976, p. 27) que, tendo cedido em sua autonomia, a razão tornou-se um instrumento e algo inteiramente aproveitado no processo social. Seu valor operacional, seu papel no domínio dos homens e da natureza tornou-se o único critério para avaliá-la. É como se o próprio pensamento se tivesse reduzido ao nível do processo industrial, submetido a um programa estrito, em suma, como se tivesse se tornado uma parte e uma parcela de produção.

Conquanto tenha desencadeado o progresso material da sociedade moderna, o racionalismo do Ocidente acabou promovendo o cerceamento desintegrador da condição humana, a perda da liberdade individual, o esvaziamento ético e a formação de um sujeito egoísta, direcionado, precipuamente, ao ganho econômico. Os indivíduos foram convertidos a meros receptáculos de estratégias de produção, enquanto força de trabalho (alienação); de técnicas de consumo, enquanto consumidores (coisificação); e de mecanismos de domi-

nação política, enquanto cidadãos da democracia de massas (massificação). A alienação, a coisificação e a massificação se tornaram patologias de uma modernidade em colapso.

Os pressupostos gnoseológicos da modernidade foram também solapados. Não mais prevalece a suposição de que o conhecimento é bom, objetivo e exato. O otimismo moderno no progresso científico é substituído pelo ceticismo no tocante à capacidade da ciência de resolver os grandes problemas mundiais. Não se aceita a crença na plena objetividade do conhecimento. O mundo não é um simples dado que está "lá fora" à espera de ser descoberto e conhecido.

A aproximação entre o sujeito e o objeto é uma tendência presente em todas as modalidades de conhecimento científico. O trabalho do cientista, como o de qualquer ser humano, é condicionado pela história e pela cultura. A verdade brota de uma comunidade específica. Assim, o que quer que aceitemos como verdade, e até mesmo o modo como a vemos, depende da comunidade da qual participamos. Este relativismo se estende para além de nossas percepções da verdade e atinge sua essência: não existe verdade absoluta e universal. A verdade é sempre fruto de uma interpretação.

Neste diapasão, sustenta Edgar Morin (1986, p. 198) que a ciência derrubou as verdades reveladas, as verdades absolutas. Do ponto de vista científico, essas verdades são ilusões. Pensou-se que a ciência substituía essas verdades falsas por verdades verdadeiras. Com efeito, ela fundamenta suas teorias sobre dados verificados, reverificados, sempre reverificáveis. Contudo, a história das ciências mostra-nos que as teorias científicas são mutáveis, isto é, sua verdade é temporária. A retomada dos dados desprezados e o aparecimento de novos dados, graças aos progressos nas técnicas de observação/experimentação, destroem as teorias que se tornaram inadequadas e exigem outras, novas.

Decerto, a epistemologia contemporânea, por meio de uma grande plêiade de pensadores, vem fortalecendo a constatação de que as afirmações científicas são probabilísticas, porquanto se revelam submetidas a incertezas. Com a emergência da geometria não euclidiana, da física quântica e da teoria da relatividade, instaurou-se a crise da ciência moderna, abalando os alicerces do positivismo científico: a certeza, o distanciamento sujeito-objeto e a neutralidade valorativa.

Neste compasso, Karl Popper (1999, p. 55-56) afirma que a ciência não figura como um sistema de enunciados certos ou bem estabelecidos, nem como um sistema que avança constantemente em direção a um estado final. Deste modo, o velho ideal científico da *episteme* – do conhecimento absolutamente certo, demonstrável – mostrou-se inconsistente. A exigência da

objetividade científica torna inevitável que todo enunciado científico permaneça provisório para sempre.

Assim, o valor de uma teoria não seria medido por sua verdade, mas pela possibilidade de ser falsa. A falseabilidade figuraria, dessa forma, como o critério de avaliação das teorias científicas e garantiria a ideia de progresso científico, visto que a mesma teoria seria corrigida pelos fatos novos que a falsificam. Segundo Karl Popper, a ortodoxia representa a morte do conhecimento científico, uma vez que o aumento do conhecimento dependeria inteiramente da existência da discordância.

Coube a Thomas Kuhn (1994, p. 56) demonstrar que a ciência é um fenômeno dinâmico, vale dizer, um construto cultural. A ocorrência das revoluções científicas revelaria que a ciência não deve ser vislumbrada como uma compilação de verdades universais objetivas. Para ele, o progresso científico seria marcado por revoluções paradigmáticas. Com efeito, nos períodos de normalidade, o paradigma, visão de mundo expressa numa teoria, serviria para auxiliar os cientistas na resolução de seus problemas, sendo, posteriormente, substituído por outro paradigma, quando pendentes questões não devidamente respondidas pelo modelo científico anterior.

Neste sentido, os fundamentos do discurso científico e da própria verdade científica tornam-se, em última análise, sociais. A ciência não se embasa numa observação neutra de dados, conforme propõe a teoria moderna. Assim, a noção de paradigma científico possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, por meio da tematização de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensão, permitindo que se apresentem grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados.

Outrossim, rompe-se com os limites da razão moderna para congregar valores e vivências pessoais. A racionalidade é inserida no processo comunicativo. A verdade resulta do diálogo entre atores sociais. Esta nova razão brota da intersubjetividade do cotidiano, operando numa tríplice dimensão. A racionalidade comunicativa viabiliza não só a relação cognitiva do sujeito com as coisas (esfera do ser), como também contempla os valores (esfera do dever-ser) e emoções (esfera das vivências pessoais).

Trata-se, pois, de uma razão dialógica, espontânea e processual: as proposições racionais são aquelas validadas num processo argumentativo, em que se aufere o consenso por meio do cotejo entre provas e argumentações. Neste sentido, a racionalidade adere aos procedimentos pelos quais os protagonistas de uma relação comunicativa apresentam seus argumentos, com vistas à persuasão dos interlocutores.

Assim, metanarrativas da modernidade iluminista, carregadas de um otimismo antropocêntrico, esvaziaram-se e perderam, gradativamente, a credibilidade. Em seu transcurso histórico, o programa moderno não logrou concretizar seus ideais emancipatórios. Verificou-se que a proposta de racionalização da sociedade ocidental acabou por gerar profundos desequilíbrios entre os atores sociais, comprometendo a realização de uma subjetividade plenamente autônoma.

Nesta esteira, ressalta Paulo Rouanet (1993, p. 24) que, no Brasil e no mundo, o projeto civilizatório da modernidade entrou em colapso. Trata-se de uma rejeição dos próprios princípios, de uma recusa dos valores civilizatórios propostos pela modernidade. Como a civilização que tínhamos perdeu sua vigência e como nenhum outro projeto de civilização aponta no horizonte, estamos vivendo, literalmente, num vácuo civilizatório. Há um nome para isso: barbárie. Agora não se tratava mais da impostura deliberada do clero, mas da falsa consciência induzida pela ação ideologizante da família, da escola e da imprensa, e, mais radicalmente ainda, pela eficácia mistificadora da própria realidade – o fetichismo da mercadoria. Quando a ciência se transforma em mito, quando surgem novos mitos e ressurgem mitos antiquíssimos, quando a desrazão tem a seu dispor toda a parafernália da mídia moderna – quando tudo isso conspira contra a razão livre –, não é muito provável que o ideal kantiano da maioridade venha a prevalecer.

O advento da pós-modernidade também se refletiu no direito do Ocidente, descortinando profundas transformações nos modos de conhecer, organizar e implementar as instituições jurídicas.

Sobre as repercussões do paradigma pós-moderno no fenômeno jurídico, sustenta Cláudia Marques (2002, p. 155) que, com o advento da sociedade de consumo massificada e seu individualismo crescente, nasce também uma crise sociológica, denominada, por muitos, pós-moderna. Os chamados tempos pós-modernos são um desafio para o direito. Tempos de ceticismo quanto à capacidade de a ciência do direito dar respostas adequadas e gerais para os problemas que perturbam a sociedade atual e modificam-se com uma velocidade assustadora. Tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, que acabam por decretar a insuficiência do modelo contratual tradicional do direito civil, que acabam por forçar a evolução dos conceitos do direito, a propor uma nova jurisprudência dos valores, uma nova visão dos princípios do direito civil, agora muito mais influenciada pelo direito público e pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Para alguns, o pós-modernismo é uma crise de desconstrução, de fragmentação, de indeterminação à procura de uma nova racionalidade, de desregulamentação e de des-

legitimação de nossas instituições, de desdogmatização do direito; para outros, é um fenômeno de pluralismo e relativismo cultural arrebatador a influenciar o direito.

Partindo da presente descrição, torna-se possível divisar os elementos fundamentais da cultura jurídica pós-moderna, podendo mencionar o delineamento de um direito plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo.

O fenômeno jurídico pós-moderno é cada vez mais plural. Este pluralismo se manifesta com a implosão dos sistemas normativos genéricos e o consequente surgimento dos microssistemas jurídicos, como o direito do consumidor. Este fenômeno de descodificação, verificável especialmente no direito privado tradicional, abre espaço para que uma multiplicidade de fontes legislativas regule os mesmos comportamentos sociais.

O pluralismo se traduz no surgimento de interesses difusos, que transcendem às esferas dos indivíduos para alcançar, indistintamente, toda a comunidade jurídica. Estes interesses difusos são marcados pela indeterminação dos sujeitos, a indivisibilidade de seu objeto, a conflituosidade permanente e a mutação no tempo e espaço, diferindo da estrutura dos direitos subjetivos individuais, prevalentes dentro da modernidade jurídica.

O fenômeno jurídico pós-moderno assume, também, um caráter reflexivo. O direito moderno figurava como um centro normativo diretor, que, mediante o estabelecimento de pautas comportamentais, plasmava condutas e implementava um projeto global de organização e regulação social. Na pós-modernidade, entretanto, o direito passa a espelhar as demandas da coexistência societária. Sedimenta-se a consciência de que o direito deve ser entendido como um sistema aberto, suscetível aos influxos fáticos e axiológicos.

Corroborando esta perspectiva, afirma Miguel Reale (1994, p. 74) que, sendo a experiência jurídica uma das modalidades da experiência histórico-cultural, compreende-se que a implicação polar fato-valor se resolve num processo normativo de natureza integrante, cada norma ou conjunto de normas representando, em dado momento histórico e em função de dadas circunstâncias, a compreensão operacional compatível com a incidência de certos valores sobre os fatos múltiplos que condicionam a formação dos modelos jurídicos e sua aplicação.

Como se depreende do exposto, não se concebe mais o ordenamento jurídico como um sistema hermético, mas como uma ordem permeável aos valores e aos fatos da realidade cambiante. Daí decorre a compreensão do ordenamento jurídico como um fenômeno dinâmico e, pois, inserido na própria historicidade da vida humana.

O direito pós-moderno é, igualmente, prospectivo. A própria dinamicidade do fenômeno jurídico exige do legislador a elaboração de diplomas legais marcados pela textura aberta. A utilização de fórmulas normativas propositadamente genéricas, indeterminadas e contingenciais revela a preocupação de conferir a necessária flexibilidade aos modelos normativos, a fim de que se possa adaptá-los aos novos tempos.

Como destaca Gustavo Tepedino (2002, p. 21), se o século XX foi identificado pelos historiadores como a Era dos Direitos, à ciência jurídica resta uma sensação incômoda, ao constatar sua incapacidade de conferir plena eficácia ao numeroso rol de direitos conquistados. Volta-se a ciência jurídica à busca de técnicas legislativas que possam assegurar uma maior efetividade aos critérios hermenêuticos. Nesta direção, parece indispensável, embora não suficiente, a definição de princípios de tutela da pessoa humana, como tem ocorrido de maneira superabundante nas diretivas europeias e em textos constitucionais, bem como sua transposição na legislação infraconstitucional. O legislador percebe a necessidade de definir modelos de conduta (*standards*) delineados à luz de princípios que vinculem o intérprete, seja nas situações jurídicas típicas, seja nas situações não previstas pelo ordenamento. Daqui a necessidade de descrever nos textos normativos (e particularmente nos novos códigos) os cânones hermenêuticos e as prioridades axiológicas, os contornos da tutela da pessoa humana e os aspectos centrais da identidade cultural que se pretende proteger, ao lado de normas que permitem, do ponto de vista de sua estrutura e função, a necessária comunhão entre o preceito normativo e as circunstâncias do caso concreto.

O fenômeno jurídico pós-moderno passa a valorizar a dimensão discursivo-comunicativa. Entende-se que o direito é uma manifestação da linguagem humana. Logo, o conhecimento e a realização do ordenamento jurídico exigem o uso apropriado dos instrumentos linguísticos da semiótica ou semiologia. Torna-se cada vez mais plausível o entendimento de que os juristas devem procurar as significações do direito no contexto de interações comunicativas. Deste modo, a linguagem se afigura como a condição de exterioridade dos sentidos incrustados na experiência jurídica.

Neste sentido, asseveram Edmundo Arruda e Marcus Fabiano (2002, p. 326-327) que, quando qualificamos como complexa a atividade interpretativa, apenas salientamos, na mobilização dessas múltiplas faculdades psíquicas, o *acoplamento de estados interiores ao mundo externo pela via do principal* instrumento de mediação: a linguagem. A linguagem, portanto, funda e constitui o mundo. Por isso mesmo, a interpretação não se reduz a uma atividade passiva. Não somos o mero receptáculo em estados interiores das impressões

do mundo exterior. O mundo é feito por nós quando nos apropriamos dele interpretativamente. Nessa mediação linguística da compreensão, o mundo é por nós transformado, constantemente desfeito e refeito. Mas nem todas as linguagens são iguais. Existem certas linguagens dotadas da capacidade de mobilizar grandes poderes sociais, como é o caso do direito. Tais linguagens-poderes imprimem novas condições de possibilidade à vivência do e no mundo. Quem por ofício manipula essas linguagens na sua lide cotidiana recebe então uma responsabilidade adicional: a de fazer não só o seu próprio mundo, mas também o daqueles onde muitos outros podem viver.

Outrossim, a teoria e a prática do direito passam a enfatizar o estabelecimento das condições de decidibilidade dos conflitos, potencializando o uso de técnicas persuasivas. O raciocínio jurídico, no âmbito de um processo comunicativo, não se resume a uma mera operação lógico-formal, mas concatena fórmulas axiológicas de consenso, como os princípios. O processo argumentativo não se respalda nas evidências, mas, isto sim, em juízos de valor. A retórica assume, nesse contexto, papel primordial, enquanto processo argumentativo que, ao articular discursivamente valores, convence a comunidade de que uma interpretação jurídica deve prevalecer.

Como bem sustenta Neil Maccormick (2008, p. 19), o direito é uma disciplina argumentativa. Qualquer que seja a questão ou problema que tenhamos em mente, se os colocarmos como uma questão ou problema jurídicos, procuraremos uma solução ou resposta em termos de uma proposição que pareça adequada do ponto de vista do direito (ao menos discutivelmente adequada, ainda que o preferível seja uma proposição definitivamente adequada). Para verificar se essa proposição é razoável, ou mesmo definitiva, pensamos nos argumentos que podem ser levantados a favor da resposta ou solução proposta. Podemos então testar esses argumentos que acabamos de desenvolver por meio da construção de todos os contra-argumentos que pudermos imaginar.

Ademais, o direito pós-moderno é relativo. Isto porque não se podem conceber verdades jurídicas absolutas, mas sempre dados relativos e provisórios.

Decerto, como bem leciona Luigi Ferrajoli (2002, p. 43), o conceito de verdade apresenta uma especial acepção semântica, no âmbito do direito processual. Para ele, uma justiça integralmente atrelada com a verdade é utópica, mas uma justiça completamente sem verdade compreende uma arbitrariedade. Logo, toda atividade judicial é uma combinação entre conhecimento (*veritas*) e decisão (*auctoritas*). Segundo ele, a diferença entre experimento (de um fato presente) e provas (de um fato passado) desemboca no modelo ideal de verdade processual fática como correspondência objetiva.

Pode-se afirmar, então, que a verdade processual fática, da mesma forma que a verdade histórica, em vez de ser predicável em referência direta ao fato julgado, é resultante de uma ilação dos fatos comprovados do passado com os fatos probatórios do presente. Por sua vez, a verdade processual jurídica é opinativa, pois o conceito classificatório é sempre impreciso e insuficiente. Além disso, a verdade processual jurídica deve ser produzida na moldura do direito positivo, sem desrespeitar os preceitos da ordem jurídica. Não é a verdade, portanto, que condiciona a validade, mas a validade que condiciona a verdade, como verdade normativa, que está convalidada por normas, por ser obtida na observância do sistema normativo.

Na pós-modernidade jurídica, marcada pela constelação de valores e pelos fundamentos linguísticos, qualquer assertiva desponta como uma forma de interpretação, pelo que o relativismo pós-moderno oportuniza a consolidação de um saber hermenêutico.

Como bem refere Gianni Vattimo (1999, p. 139), a reconstrução da racionalidade moderna, propiciada pelo discurso filosófico da hermenêutica, busca especificamente rejeitar a acusação de irracionalismo feita pelo positivismo, sem reproduzir a tradição da busca de uma verdade metafísica e, portanto, dissociada dos valores do mundo histórico-social.

Decerto, a interpretação tornou-se um dos principais paradigmas intelectuais dos estudos jurídicos nos últimos quinze anos. Assim como o interesse pelas normas na década de 1960 e pelos princípios jurídicos na de 1970, boa parte da teorização da última década foi edificada em torno do conceito de interpretação.

Neste diapasão, assevera Andrei Marmor (2000, p. 9) que a interpretação é um paradigma mais ambicioso: não se trata apenas de um tema no qual os filósofos do direito estão interessados, mas, segundo alguns filósofos muito influentes, a interpretação é também um método geral, uma metateoria da teoria do direito.

Sob o influxo do pensamento pós-positivista, cristaliza-se um novo modelo interpretativo. Entende-se que o ato de interpretar e aplicar o direito envolve o recurso permanente a instâncias intersubjetivas de valoração. O raciocínio jurídico congrega valores, ainda que fluidos e mutadiços, porquanto o direito se revela como um objeto cultural, cujo sentido é socialmente compartilhado. A hermenêutica jurídica dirige-se à busca de uma dinâmica *voluntas legis*, verificando a finalidade da norma em face do convívio em sociedade. Deste modo, o relativismo potencializa uma hermenêutica jurídica construtiva, voltada para o implemento da justiça social.

Na transição pós-moderna, é este fenômeno jurídico plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo que abre margem para a emergência do pós-positivismo jurídico, como movimento que busca superar a dicotomia jusnaturalismo *versus* positivismo jurídico na fundamentação do significado de um direito justo.

5. Pós-positivismo e as novas propostas de racionalidade hermenêutica

5.1 *Pós-positivismo jurídico: origem e contornos gerais*

Na transição pós-moderna, o marco filosófico do pensamento jurídico contemporâneo é o pós-positivismo, como um movimento jurisfilosófico que ultrapassa a tradicional contraposição das teses jusnaturalista e juspositivista.

Como já visto, o jusnaturalismo moderno aproximou a lei da razão, baseando-se na crença em princípios de justiça universalmente válidos. Com as revoluções liberais e burguesas, nos séculos XVIII e XIX, as Constituições escritas e as codificações passaram a simbolizar o ocaso da doutrina do direito natural e a consequente hegemonia do positivismo jurídico. Em busca da objetividade científica, o juspositivismo identificou o direito à normatividade jurídica, afastando a ciência jurídica da discussão sobre a legitimidade e a justiça. Sua decadência costuma ser associada à derrota dos regimes totalitários ao final da Segunda Guerra Mundial, quando as preocupações éticas e axiológicas começam a ser retomadas pelo direito.

A partir da segunda metade do século passado, as posições unilaterais do jusnaturalismo e do positivismo jurídico passaram a ser combatidas por novas concepções jurisfilosóficas, preocupadas em oferecer instrumentos conceituais mais aptos para garantir a fundamentação de um direito justo.

Comentando o unilateralismo destas concepções, salienta Carlos Nino (1974, p. 21-25) que o programa jusnaturalista afirma que o direito leva implícito algum tipo de propriedade ética específica que o distingue de uma ordem de pura força, pelo que o jurista deve fazer uma estimação axiológica. A ideia de justiça integra necessariamente o conceito de direito. Uma ordem que não está baseada na justiça carece de validade ou força obrigatória, que são propriedades definitórias da ordem jurídica. Já segundo o positivismo jurídico, as proposições jusnaturalistas são metafísicas porque não cumprem com os critérios de significado empírico, pelo qual, não sendo analíticas, carecem de significado. O positivismo jurídico prescreverá ao jurista que, se deseja descrever cientificamente o direito, deve afastar toda a valoração do sistema normativo.

De um lado, a teoria do direito constatou os limites do jusnaturalismo, visto que a fundamentação do direito justo no suposto direito natural reve-

OUTROS LIVROS DE NOSSA EDIÇÃO

Odim Brandão Ferreira (Procurador Regional da República em Brasília)
A Imunidade Tributária das Entidades de Previdência Fechada: uma análise sob a perspectiva da metodologia Jurídica

Klaus Adomeit (Prof. da Univers. de Berlim)
Filosofia do Direito e do Estado, Vol I - Filósofos da Antigüidade

Walber de Moura Agra (Prof. e Advogado em Pernambuco)
Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador

Plauto Faraco de Azevedo (Prof. da Univers. Federal do RS)
Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica

Nilson Borges Filho (Prof. da UFSC) Org.
Direito, Estado, Política e Sociedade em Transformação

Edvaldo Brito (Prof. da Univers. da Bahia)
Limites da Revisão Constitucional

Mauro Cappelletti (Prof. da Univers. de Florença, Itália)
O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado
Trad. do Prof. Aroldo Plínio Gonçalves
Acesso à Justiça - Trad. da Profª Ellen Gracie Northfleet

I. Mártires Coelho (Prof. da Univers. de Brasília)
Interpretação Constitucional

Marcelo N. Ribeiro Dantas (Prof. da Univers. Federal do RN)
A Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro

Peter Häberle (Prof. da Univers. de Augsburg - Alemanha)
Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição
Trad. de Gilmar Ferreira Mendes

L. A. Heck (Atual Prof. da UNISINOS - RS)
O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais

Konrad Hesse (Prof. da Univers. de Freiburg, i. Br., Alemanha)
A Força Normativa da Constituição - Trad. de Gilmar Ferreira Mendes
Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha
Trad. do Prof. Dr. Luís Afonso Heck

Hans Kelsen
Teoria Geral das Normas - Trad. do Prof. José Florentino Duarte

Hartmut Maurer (Prof. da Univers. de Ronstang - Alemanha)
Elementos de Direito Administrativo Alemão

F. Ribeiro (Prof. da Univers. Federal do Ceará)
Pressupostos Constitucionais do Direito Eleitoral

ODIM BRANDÃO FERREIRA

ليالي

LAIAALI

A UNIVERSALIDADE DO PROBLEMA HERMENÊUTICO

Sergio Antonio Fabris Editor

LAIAALI

A Universalidade do Problema Hermenêutico

ODIM BRANDÃO FERREIRA
Procurador Regional da República em Brasília

LAIAALI

A UNIVERSALIDADE DO PROBLEMA HERMENÊUTICO

Sergio Antonio Fabris Editor
Porto Alegre / 2001

Carta ao Editor

Estimado Fabris,

a memória costuma trair-nos; mas nem sempre. Ao longo do curso de hermenêutica constitucional ministrado pelo Prof. Inocêncio Mártires Coelho em 1997, intuí a semelhança entre a temática ali discutida e a de certo livro português antigo que havia lido. Malgrado os assuntos do curso e da obra mencionada divergissem à primeira vista, suspeitei terem ambos uma única raiz. À medida do avanço do curso, aquele então remoto paralelismo se me tornou de tal modo imperativo, que não resisti aos impulsos de registrá-lo por escrito e, afinal, transformá-lo em monografia, ao menos em aparência, bem recebida pelo aludido Professor. Alucinadamente, quem sabe, ainda creio haver conexões evidentes entre, de um lado, o cartapácio português dedicado ao registro de polêmica muçulmana medieval e, de outro, as aulas sobre a universalidade do problema hermenêutico, as súmulas vinculantes, a composição dos tribunais constitucionais, o interesse público, o argumento de autoridade, a inconstitucionalidade sem nulidade de leis etc.. Na suposição, talvez vã, de que o trabalho ainda tenha algo a dizer à contemporaneidade, capitulo na última batalha

com minhas desconfianças acadêmicas: submeto ao caro amigo o escrito anexo, na esperança de vê-lo publicado pela sua Editora. Os muitos erros do escrito devem ser-me creditados todos; eventuais acertos revelarão o estímulo e a ajuda inestimáveis de Magnolia Silva da Gama e Souza e Alexandre Camanho de Assis, a quem sou muito grato. Caso interesse, deixo meu endereço eletrônico: odimf@prr1.mpf.gov.br.

Um cordial abraço,

Brasília, 14 de fevereiro de 2001.

Odim

"*No hay cosa que no esté como perdida entre infatigables espejos. Nada puede ocurrir una sola vez, nada es preciosamente precario*" - Jorge Luis Borges[1].

"*Le principe du fanatisme est caché [...] au fond du cœur de tous les hommes, et rien ne le développe aussi rapidement que les hérésies, les sectes et les disputes de religion [...]. Ces hérésies, si funestes à la religion et aux societés civiles, ont leur source dans des imperfections ou dans des passions attachés à la nature humaine; e chaque siècle renferme en quelque sorte le germe de toutes les hérésies et de toutes les erreurs. L'effort que l'esprit humain fait sans cesse pour étendre ses conaissances et pour augmenter son bonheur, développe continuellement ces germes et fait naître quelque erreur nouvelle, ou reproduit les anciennes sous mille formes différentes*" - Abade Pluquet[2].

---

1 - El Inmortal. *El Aleph*. 1. ed. (26. reimpressão), Madrid : Alianza/Emecé, 1994, p. 23.

2 - Introdução do *Dictionnaire des Hérésies des Erreurs et des Schismes, ou Mémoires pour servir à la Histoire des Égarements de l'Esprit Humain par Rapport à la Religion Chrétienne*. Paris : Migne, 1863, vol. 1, p. 27.

O Rio de Janeiro oferece descanso paradoxal a quem nele passe o carnaval e uns poucos dias que o antecedem. Nem mesmo as hordas de turistas conseguem ocupar os espaços abandonados pelos nativos em fuga. A cidade é sábia ao ponto superlativo: ela deixa em paz o visitante desinteressado nas efêmeras ilhas de confusão oficialmente estimulada. Decidi não desperdiçar a facilidade momentânea e voltei ao Rio. Tentado pela lógica absurda de evitar o carnaval no seu feudo, fui rever o centro da cidade na véspera do feriado e, pelo fim da tarde, entrei no Real Gabinete Português de Leitura. O acaso conduziu-me ao incunábulo mourisco de tombo 341.1965L 359.

O anônimo autor do livro português declara-se resignado a traduzir a matriz árabe, na qual se narra polêmica entre doutos. Ao que tudo indica, algum acidente permitiu a conservação do original na Península Ibérica depois de a cruz ter retomado ao crescente a cimeira das fortificações. Que outro motivo – senão o azar – explicaria terem os mouros deixado aos cristãos a prova de a dissensão também ocorrer entre eles?

As dificuldades oferecidas pelo texto em razão da distância cultural, geográfica e cronológica são vencíveis,

graças à existência de várias anotações, algumas anônimas e outras tantas de autoria inequívoca[3].

Reproduzo abaixo o que me recordo do livro do Real Gabinete Português de Leitura:

Malgrado ainda fosse noite, o califa Abu-al 'Abbas 'Abd Allah al-Ma'mun[4] já estava entre as ameias da "Cidade Redonda", o centro fortificado de Bagdá, a mapear de memória o arco oriental da sua urbe: na

---

3 - Entre as últimas, contam-se as glosas do humanista e professor de direito Wolfgang Fikentscher, a quem se deve o *De methodo quantum ad leges pertinet disputata* (de título alternativo *De methodo sub specie legum demonstrata*, todavia, mais citado na forma teutônica *Methoden des Rechts: in vergleichender Darstellung*). Identificam-se também as anotações do Barão Boris Nolde e de Pierre Arminjon, que dividem a paternidade do *Traité de Droit Comparé*. O português João Silva de Sousa muito colaborou com observações, provavelmente desdobradas depois para compor *Religião e Direito no Alcorão*. Nenhum dos glosadores estrangeiros lançou pista capaz de explicar sua intervenção: nada se diz sobre viagem deles à península; do texto à Alemanha e França; de todos os três ao Brasil etc. Já a participação do lusitano não demanda muita criatividade do leitor. A fase interposta entre a captura do documento pelos cristãos e sua chegada em forma de livro ao Brasil parece a mais tranqüila nesta linha de conjecturas: a tradução impressa da narrativa árabe cruzou o Atlântico com a família real portuguesa, acossada pelo invasor francês. Ao contrário da difamação hoje corrente, a burocracia portuguesa era organizada: a pesquisa histórica registra o carregamento cuidadoso de várias naus com papéis de interesse da Coroa. Há relatos históricos sobre a luta dos funcionários d'el Rey contra o tempo para embarcar arquivos, quando as tropas napoleônicas já se encontravam nos arredores de Lisboa.

4 - Até hoje, lembrado como Al-Ma'mun.

direção da Estrela Polar, a primeira das três pontes sobre o Tigre, que, ao leste, foi comparado séculos depois por Ibn Jubayr a um "*espelho polido em sua moldura ou a um colar de pérolas entre dois seios*"[5]; à sua margem, o bairro dos médicos com seu célebre hospital e, enfim, no sul entre canais perpendiculares ao rio, as incontáveis livrarias, seu destino predileto. O soberano não buscava nada; tampouco esperava por alguém. Mas, quando distinguiu no céu sobre a "Cidade do Paraíso" as primeiras e mais suaves cores do dia prestes a se iniciar, esboçou um sorriso, logo seguido pelos sentimentos de plenitude e felicidade. Impossível não repassar em silêncio a penúltima *sura*[6] do Livro Sagrado. Com auxílio dela, repetidas vezes no curso revolto daquela noite cujos vestígios ainda percebia à sua volta, ele mesmo se entregara à vontade de Deus:

"*Refugio-me no Senhor da Alvorada*
Do mal das criaturas que Ele criou
Da malícia da tenebrosa noite quando se estende
Da malícia das feiticeiras sopradoras de laços
E da malícia do invejoso quando inveja".

Se alguém pudesse notar o contentamento discreto do soberano, diria que aquele amanhecer, algo além do

5 - Relation de voyages, *in: Voyageurs árabes*. Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, p. 243.
6 - Equivalente do capítulo bíblico.

segundo século da Hégira[7], nada tinha de especial, exceto a beleza lastimavelmente banalizada de todas alvoradas prenunciadoras de um dia de sol. A satisfação mística do imperador da terça parte do mundo antigo durou um átimo. Momentos depois de haver contemplado os sinais coloridos do novo dia, os cantos dos almuádens já ecoavam do alto dos minaretes a lembrar os fiéis da capital do império abássida: "*Deus é grande; não há outro Deus senão Deus e Maomé é o seu Profeta. Venham orar*"! Longe de o incomodar, por romperem o silêncio que tudo envolvia, aquelas vozes recitativas reproduziam, agora em escala humana, o testemunho que o amanhecer lhe dera. O alento de fé viajando pelo ar naquelas palavras aumentava a satisfação experimentada com o começo do dia. Uma vez mais, aí estava a marcha do mundo a proclamar a correção do revelado pelo misericordiosíssimo Senhor da alvorada; de novo, seus seguidores reuniam-se para louvar essa verdade. O califa ansiava por se associar aos demais nas orações e foi à mesquita. De lá, tornou ao palácio para outro dia repleto de audiências. Notou que a paciência no aturar os rituais do mando não passava de ganho acidental da sua crença, reconfirmada – ainda que nunca posta em dúvida – pelos dois acontecimentos de aparência quotidiana daquele alvorecer. A dádiva preciosa consistia na serenidade

7 - Migração - agora de Maomé - entre as cidades de Meca para Yathrib (depois Medina), datada em 622 d. C., segundo os padrões cristãos.

indispensável à meditação sobre os pesadelos vivenciados durante a noite.

Apenas revisitar aqueles sonhos bastava para se assenhorar do seu óbvio significado alegórico. Impossível continuar o jogo de gato e rato com seus próprios pensamentos. Até então, o califa procurara esquivar-se dos sonhos, inclusive com o artifício de aguardar o dia no alto das muralhas, para não se render, agora bem lúcido, àquilo que já intuíra a cada despertar entre pesadelos. No primeiro deles, avistou mesquita erguida nas proximidades de montanhas áridas. Estava ocupada por bom número de fiéis que, a certa distância, pareciam rezar juntos. Ao aproximar-se, constatou o contrário: cada crente recitava um trecho do livro sagrado diverso do lido pelos demais. Não suportando a quebra da unidade entre irmãos na fé, acordou. Tão logo recobrou o sono, o califa viu-se de volta ao mesmo templo, em galeria de destino inédito: chegou a outro santuário, quando se sabe existir um só em cada mesquita. Nesta sala, a desordem aumentara. Os fiéis já não podiam cumprir preceito capital da fé muçulmana, pois faltava ao prédio religioso seu dado essencial, o *mihrab*. Obra de arquiteto inepto ou tresloucado, a mesquita carecia desse nicho na parede a apontar a *'qibla* – a direção de Meca. Assim, como poderiam os crentes orar? Todos no interior do templo, em desolação circular, buscavam a orientação negligenciada. Novo acordar arfante; retorno temeroso ao sono. O sonhador volta à alucinada mesquita, agora abandonada, suja e despovoada. Em busca de explicação

para aquele estado de coisas, sobe no *minbar*, o simplificado homólogo árabe do altar. Sobre o púlpito pétreo, o Corão transmite a tranqüilidade de que algo remanesce onde deve estar. Ele abre o livro ao acaso, mas uma rajada de vento do ancestral deserto desagregador espalha todas as folhas pelo pátio e além dele. Doravante, não mais ousa dormir; encaminha-se para o alto da fortaleza à cata de distração.

Duas idéias agravavam a evidente mensagem onírica de dispersão do povo, cuja condução lhe cabia na qualidade de sucessor temporal do Profeta. Ainda ouvia o alerta de sua mãe, que, por ter sido escrava persa, bem conhecia os males deste mundo: "*um bom governante sente em si mesmo a pulsação dos seus domínios*". Ademais, a queda dos omíadas preocupava um dos iniciadores da dinastia abássida, munida de planos de eternidade já na Terra.

Os sonhos e tais recordações permitiram-lhe, semanas depois, receber com naturalidade informações capazes de apavorar qualquer soberano: violentos distúrbios de fundo religioso importunavam partes extensas do império. A serenidade do califa ao receber tais notícias tampouco espantou seus vizires. Al-Ma'mun era sábio dotado de critérios muito particulares para enfrentar a vida. Há pouco, não havia ele derrotado o imperador bizantino Miguel II e imposto, como única condição para a paz, a possibilidade de traduzir todos os livros de filosofia encontráveis na Grécia e ainda não vertidos para

o árabe? Assim, mal chegaram as confirmações do antevisto pelo soberano, pôde ele anunciar a solução para o impasse: se as ruas testemunhavam arruaças causadas pela interpretação da fé, então melhor seria reunir os representantes mais ilustrados dos quatro ritos sunitas para decidir aquelas imitações violentas e grotescas de polêmicas religiosas. Afinal de contas, Maomé não disse que "*a ignorância é má cavalgadura, que torna ridículo quem a monta e o que a conduz*"? Esse o caminho a seguir, antes que nova dinastia se apresentasse como necessária. Os estudiosos vindos de vários cantos do império precisariam de tempo para chegar à Cidade da Paz[8], de modo que antes do mês de *Rabi-ul-ájar*[9] não se poderia fazer muita coisa. Talvez ainda fosse possível convocar os sábios mais respeitados pelo soberano, que há tempos se aventuravam com caravanas no fim da Rota da Seda no intuito de se isolar de tudo e meditar. Entregar-se à vontade de Deus fora da proteção das cidades muçulmanas, ocupando-se do ofício exercido por Maomé durante muitos anos, poderia ajudar a compreender melhor a mensagem do Primeiro transmitida, pelo Segundo. Os viajantes mencionados eram sábios e não energúmenos a interpretar ao pé da letra a frase de Maomé: "*busqueis a ciência ainda que deveis ir à China para encontrá-la*". Mas, essa era a desculpa literal e prática dada aos incapazes de compreender os

8 - Epíteto de Bagdá.
9 - Literalmente, "*início da primavera*".

propósitos contemplativos da jornada. Um convite com as linhas gerais dos trabalhos a serem desenvolvidos em Bagdá poderia funcionar como isca ideal para atraí-los.

No começo da primavera, os representantes dos quatro ritos ortodoxos[10] chegaram a Bagdá para discutir os problemas da fé que desafiavam a unidade do califado e da religião. Travou-se, uma vez mais, a disputa teórica entre várias correntes do pensamento árabe concernentes à *Chari'a*. O embate a convulsionar boa parte do império versava sobre o que compõe a *Chari'a* e como suas diversas partes se articulam. *Chari'a* ou "*Caminho para a nascente d'água*" designa toda a revelação, de modo a abranger aquilo em que se deve crer e o que se deve fazer: mais precisamente, o conjunto de prescrições religiosas e jurídicas formado pelo Corão; pela *Sunna* – tradições acerca dos atos e palavras do Profeta, que funcionam como exemplos para os crentes –; pelo *Igma* – o consenso dos doutos - e pelas *Qyas* – a analogia e o raciocínio a contrário senso.

O calor inesperado daquela primavera não recomendava reuniões diurnas. Os debates ocorreriam durante as noites, contariam com a participação do próprio Al-Ma'mun e se

10 - Hanifitas, hanbalitas, maliquitas e chafiitas.

realizariam na "Casa do Saber"[11], construída por sua iniciativa. Na primeira sessão noturna, Al-Ma'mun recebeu de volta o oficial que enviara à Rota da Seda em busca dos sábios retirados. Depois dos elogios à rapidez no cumprimento da missão, a audiência rumou para os fatos da jornada. O califa não desperdiçou a oportunidade de aprender; quis pormenores. O oficial narrou ao soberano e aos representantes dos quatro ritos reunidos na Casa do Saber: na pista indicada por mercadores, em vão procurei os sábios na cidade de Hami, situada no deserto. Hami emerge da areia como uma ilha verde, onde se produzem ótimos melões, graças a complexo sistema de canais subterrâneos que transporta água desde a dinastia Han, há mil e duzentos anos. Tampouco obtive sucesso em Turpan, à semelhança da precedente nascida de engenhoso labirinto de canais hidráulicos enterrados. O calor daquele lugar é amenizado porque acima das ruas se plantaram videiras, que fazem sombra, embelezam a cidade e geram frutos excelentes. Então, aventurei-me pelo "*local sem água*", *gobi*, na língua dos moradores daquelas partes; dirigi-me até região além do "*Portão dos Demônios*", na perspectiva dos chineses, ou aquém dele, em nosso modo de ver as coisas. O nome do lugar origina-se no pavor dos infiéis ao deserto, que começa nesse marco, mero produto da imaginação mandarim. Muitos chineses falam de "*lagos impenetráveis entre*

11 - *Bayt-al-Hikmah*: edifício onde se reuniam os sábios - na maioria, sírios - com o objetivo de traduzir as obras mais importantes da cultura helênica.

dunas", "*rios cortando as areias do deserto*", "*colinas de areia com vozes trovejantes*" e "*porções de água vistas claramente, mas que somem de repente*". Não conhecem, não entendem e não amam o deserto. O aproximador Deus quis que me deparasse com os destinatários da mensagem real no deserto. Ao menos quando os encontrei, os sábios integravam a comitiva de Abdul Kassem Ismael, grão-vizir da Pérsia. Tal como Vossa Alteza, é um amante de livros; para deles nunca se separar, mesmo em viagens, o grão-vizir possui caravana com quatrocentos camelos treinados para andar em ordem alfabética e, assim, transportar os cento e dezessete mil volumes da sua biblioteca. Em decorrência desse amável convite, os sábios abdicaram dos inconvenientes das cidades, sem abrir mão dos livros mesmo nos locais mais inóspitos. Tendo dito isso, o oficial entregou a Al-Ma'mun a seguinte correspondência, assinada pelos sábios em viagem pela Rota da Seda:

"Saudações em nome do indulgentíssimo Deus e do seu Profeta!

Perdão pela nossa ausência física. Na idade e distância de casa em que nos achamos, somente estaríamos de volta à Cidade do Paraíso muito depois de finda a discussão para a qual imerecidamente convidados. Cavaleiros jovens e caravanas ávidas por transmutar seda em ouro vencerão em pouco tempo os caminhos consumidos com dificuldade durante anos pelo grupo de velhos alquebrados e doentes que vos escreve. Por impossibilidade absoluta, desres-

peitaremos a ordem de locomoção; cumpriremos seu espírito por meio de tinta e papel - essa genial invenção chinesa -, na esperança de que exprimam idéias de interesse do seu destinatário.

Desta feita, preferimos indagar a responder: por que os representantes dos quatro ritos se julgam os únicos autorizados a decidir questões tão graves como as suscitadas no concílio convocado? Por que não admitir outros modos de pensar, se nem todos os muçulmanos contentam-se com as opções até aqui representadas? Sentimo-nos à vontade para formular tais indagações, pois cada um de nós abraçou a doutrina exposta por um *mudjtahed*[12] ou, em outras palavras, nenhum de nós cultiva secretamente a veleidade de se transformar num quinto *iman*[13]. O mundo já possui mais guias do que pode suportar. Ouvir com atenção e respeito até os xiitas[14] demonstraria espírito elevado. Por fim, mesmo a colaboração estrangeira - desde que não ofensiva à fé -

12 - Fundador de uma das quatro doutrinas sunitas ou ortodoxas: chafiitas, maliquitas, hanbalitas e hanifitas.

13 - Literalmente, guia ou chefe. Expressão sinônima da explicada na nota anterior, isto é, designação honorífica dada aos quatro instituidores dos ritos aludidos. Por extensão, chamam-se assim, hoje, os doutos.

14 - Membros das seitas opostas aos quatro ritos sunitas. Para os xiitas, Ali era o sucessor legítimo de Maomé; para os sunitas, seria Abu-Bekr, prolongado nos omíadas e abássidas.

deveria merecer acolhida. Grande parte do Corão não se ocupa com tradições herdadas? Se essa fosse a vontade de Deus, ninguém se lhe poderia opor".

Logo se vê que os sábios em auto-exílio possuíam a consciência traduzida em poesia por Abenjaldun ibn Khaldun séculos depois: "*nas repúblicas fundadas por nômades, é indispensável o concurso de forasteiros para tudo o que seja alvenaria*"[15]. O mesmo não se pode dizer de três quartos dos grupos de representantes reunidos na Casa do Saber. Entre instalação dos trabalhos, boas-vindas, saudações recíprocas, audiência do oficial e leitura da carta dos velhos sábios, escoou-se toda a areia da maior e mais avara ampulheta da sala. Alertado para isso, o califa entendeu conveniente suspender os trabalhos até a noite seguinte; ademais, os presentes ainda haveriam de fazer as preces noturnas.

A leitura da carta na primeira sessão trouxe de volta à noite o calor incomum registrado naqueles dias de primavera. Al-Ma'mun contava com isso para saltar a etapa de marasmo ritualístico, inerente ao começo das discussões entre doutos. Não surpreendeu o fato de os discípulos de Malik-ibn-Anas terem tomado a dianteira na tese exclusivista, logo no início do segundo encontro. Os maliquitas já exibiam vocação para jurisconsultos oficiais com domínio inclusive sobre a fé, tal como depois

15 - Conhecido no ocidente por Abenjaldun ou Abencajan.

aconteceu sob os almorávidas, quando patrocinaram escolástica inflexível. Do seu arsenal ainda em formação, retiraram duas armas de emprego conjugado, para afastar a intervenção de xiitas e estrangeiros no debate. Desenvolveram raciocínio ilustrado pela história e finalidade da vida de Mafoma. Todo o esforço do Profeta teria sido empreendido na substituição dos laços de sangue, dominantes na península arábica, por vínculo mais elevado, baseado na fé. Ele ditou mensagem clara de unidade dos povos árabes, estendida posteriormente a todos que se curvaram à verdade divina. Se os atos do Patriarca ao longo da vida revelam o ideal da unidade do povo, jamais se poderia franquear a palavra aos divergentes, porque isso aumentaria a discórdia na fraternidade do Corão. O resultado do diálogo deve consolidar a união mais ou menos estável entre os quatro ritos. O ideal mesmo seria entregar, de uma vez por todas, a vitória a uma das correntes sunitas... - De preferência, aos maliquitas, ironizou incógnita voz jovem no fundo do recinto, ... e banir todas as demais para sempre, prosseguiu o velho irritado. As divergências entre os ortodoxos constituíam perigo suficiente, a dispensar o risco adicional da intervenção dos xiitas. Aliás, a admissão dos partidários de Ali à discussão atentaria contra o princípio do *al-masalih al-mursula*, isto é, o interesse público, ao qual mesmo o sentimento pessoal de justiça - *Ra'y* - dos sábios sedosos deveria ajustar-se. De fato, se os xiitas não reconhecem os abássidas como legítimos herdeiros do Profeta, convocá-los ofenderia o interesse público de ordem e segurança no

império. Os súditos poderiam achar-se no direito de questionar a autoridade do governo e tudo ruiria. Nessa altura da exposição dos argumentos restritivos, Al-Ma'mun espantou-se em silêncio com as inferências feitas a partir do evanescente interesse público: como o debate educado de idéias, sobretudo conduzido reservadamente, poderia abalar a paz social? A ameaça partia da violência cometida pelos incultos nos espaços públicos. O califa sorriu, ao pensar na quantidade de pessoas a ver mais perigos para o trono do que ele mesmo sequer podia imaginar. Quase todas pareciam sofrer da tendência a transformar inimigos particulares em ameaças públicas. Quando o soberano deu por si, o maliquita já havia passado ao último tópico de sua impugnação à carta: qualificou de apóstata a sugestão de admitir alguma idéia estrangeira como solução das questões suscitadas pela *Chari'a*[16].

A repulsa aos estrangeiros foi logo secundada pelos hanbalitas, sempre reticentes quanto às conclusões apoiadas no *al-masalih al-mursula*. A desconfiança de toda *bid'a* ou inovação e a tese da eternidade do Corão, oposta portanto à instituição do califado, recomendavam silêncio momentâneo sobre o interesse público, novidade

---

16 - *Chari'a* ou "*Caminho para a nascente d'água*" é a inteireza da revelação: o Corão; *Sunna* (tradições acerca dos atos e palavras do Profeta, que funcionam como exemplos para os crentes); o *Igma* (o consenso dos doutos) e as *Qyas* (a analogia e o raciocínio a contrário senso).

maliquita. Ainda ardia na memória daqueles sábios o sucedido ao seu *iman*: rebelde às inovações na fé ditadas pela oficialidade, Ahmad ibn Hanbal foi preso e torturado, tendo recobrado a liberdade apenas para viver seus últimos anos em retiro. No entanto, a ortodoxia de Hanbal impunha a intervenção dos seus discípulos em apoio aos maliquitas, no rechaço aos estrangeiros. Um dos discípulos de Hanbal mostrou porque o mestre detinha a fama de conhecer de cor um milhão de palavras do Corão. Sem titubear, recitou os seguintes versículos da Sura dos Tropéis[17]: "*por acaso, aquele a quem Deus abriu o coração ao Islã e está na luz do seu Senhor será igual àquele a quem sigilou seu coração? Ai daqueles cujos corações estejam empedernidos para a lembrança de Deus! Estes estão em erro profundo! Deus revelou a mais bela Mensagem: um Livro homogêneo, em estilo e eloqüência, cujos versículos são reiterativos. [...]. Tal é o guia de Deus com o qual encaminha a quem Lhe agrada. Ao contrário, aquele a quem Deus desvia jamais terá condutor algum*". Se os estrangeiros não se abriram à mensagem de Deus, por que admiti-los aqui? Al-Ma'mun notou já ser tarde e encerrou a noite de debates; relegou para a sessão seguinte a audiência dos dois outros grupos sobre a participação de mais alguém nas reuniões.

Tão logo aberta a reunião subseqüente, os seguidores de Abu 'Abd Allah Muhammad ibn Idris Chafi'i pediram

17 - Versículos 22 e 23.

a palavra para ponderar sobre a utilidade de convocar os xiitas e os estrangeiros para o embate. A posição chafiita era de relativo conforto na matéria, até mesmo por motivo histórico. As inovações da doutrina e as muitas contribuições ecléticas de Chafi'i não apagavam o fato de haver ele acompanhado as lições de Malik em Medina, antes de se estabelecer no Egito. Malgrado rejeitassem a necessidade de adaptar a tradição ao interesse público, os chafiitas estavam de acordo em restringir a discussão ao âmbito dos crentes: nada de estrangeiros. O consenso entre a comunidade islâmica deveria solucionar-lhe os problemas, pois os muçulmanos em conjunto dificilmente errariam. Tampouco seria o caso de ouvir os xiitas, porque eles negavam à *Sunna*[18] a qualidade de fonte de conhecimento da religião e do direito. Isso implicaria rejeitar uma das mais importantes contribuições de Chafi'i: a de assegurar aos ditos e atos do Profeta a dignidade de critério de ação dos fiéis. Todo o esforço do *iman* em livrar a fé do sentimento pessoal dos intérpretes pelo estabelecimento de pautas seguras de conduta, mesmo nas lacunas do Corão, seria descartada. Repudiar a *Sunna* equivaleria a trocar o certo, contido no melhor exemplo - os passos de Maomé -, pela vontade caprichosa de cada juiz, a estabelecer o justo e o injusto.

18 - Caminho do Profeta: conjunto das tradições acerca dos atos e palavras do Profeta em vida, que deve funcionar como exemplo para os crentes.

Chegou, então, o momento de os adeptos do rito islâmico mais antigo fazerem uso da palavra. Permitiram-se, de início, recapitular dado da vida de Noman ibn Tabit, cognominado de Abu Hanifah: a humildade o impediu de escrever seus ensinamentos; dele restaram as lições guardadas em nossos corações. Eis aí prova de modéstia e tolerância em relação a todos os seres humanos. Não buscar impor-se. Esse o caminho no qual os hanifitas querem prosseguir, se esta for a vontade do agraciador Deus! Como de costume, os maliquitas mostraram o valor do seu pensamento, ao deduzirem a exclusão dos xiitas a partir de atos datados e do sentido geral da vida do Profeta. Não se duvida ter ele visado a divulgar a mensagem de Deus e unir os fiéis a quem ela se revelou. Só tolos questionariam o empenho do Profeta na persecução de ambos desígnios. Sucede que esse é apenas um dentre vários modos possíveis de interpretar o texto sagrado e a biografia do Predileto. A finalidade do Corão e a história do fundador do Islã têm muito mais a dizer, embora reconheçamos que só dispomos, à semelhança dos demais, de argumentos para demonstrá-lo. Analista honesto do problema admitirá: todos colocamos no texto e na vida de alguém o sentido que neles vemos, pois nenhum deles nos oferece resposta em viva voz. Pois bem, diversos são os meios de se obter a unidade dos convertidos. Do ponto de vista histórico, a *hadith* ou tradição ensina que a palavra é o método para alcançar a união referida; ao menos, entre as pessoas prontas para aceitar a verdade. Ainda pobre condutor de caravanas, o Profeta não principiou sua obra munido só com a força

da palavra? De início, junto aos próximos; depois, fez-se ouvir até pelos poderosos de Meca. A *djihâd* - guerra santa - pode vir a ser o último meio para levar a religião aos lugares dominados pelos incréus. Jamais será o recurso contra quem já se dobrou à vontade divina e se limita a divergir em pormenores, como os xiitas. A escolha do sucessor temporal de Maomé e suas repercussões no califado têm relevância mundana; não assim perante o sempiterno Deus. A unidade almejada pelo Profeta deve ser obtida com o esforço de concórdia entre os seguidores dos seus passos; não pela imposição de uma única opinião com o desprezo das demais. A lição deixada pelo Profeta não se presta ao reducionismo de uma facção, por mais instruída que seja. A melhor prova disso é o reconhecimento recíproco entre chafiitas, hanbalitas, hanifitas e maliquitas. Cada um de nós, os sunitas, admite a qualidade dos três demais, quando os eleva à qualidade de interlocutores. Quanto mais ampla a discussão, melhor. Bom mesmo seria admitir a este cenário não apenas os doutos sunitas, mas também os xiitas e, por fim, aqueles que carecem de qualificação intelectual. Afinal, todos entregam-se ao mesmo e único Deus. Ideal, portanto, seria convidar cada fiel para dizer algo sobre a fé. Já não basta estar ele limitado à escolha de uma das nossas quatro escolas, pois *zinqid*[19] será declarado quem ousar fundar um novo rito? Além de se

19 - Textualmente, os que se opõem à fé revelada; designa os adeptos das seitas heterodoxas.

filiar a uma das seitas, estarão eles agora impedidos até de avançar no pensamento por elas iniciado? Como não há condições materiais para reunir toda a fraternidade da fé, toleramos o imperfeito envio de representantes do pensamento de cada uma delas. No entanto, já teremos falhado no início de nossa tarefa se, mesmo por acidente, excluirmos alguma opinião significativa do debate. A proposta defendida pela maioria dos presentes mostra-se pior do que o erro involuntário, pois deliberadamente nega voz a quem possui algo a dizer. Talvez, de capital importância. Só o saberemos, se o ouvirmos. Não nos atrevemos a nos comparar ao indulgentíssimo Deus. Apenas humildemente tentamos não errar quando sabemos que nossas ações portam a marca pesarosa do engano. Se, por definição, todos os muçulmanos entregaram-se à vontade do congregador Deus, por que somente parte deles deve estar aqui representada? Aliás, estas reuniões legitimam-se como discussões teóricas sobre temas da fé islâmica e mais nada. Jamais como fundamento para impor um rito. Agora, tratemos dos estrangeiros, vistos com rancor por muitos deste recinto. O hanifita tomou o Corão, leu e comentou trechos dos versículos 44 e segs. da Sura Quinta ou da Mesa Servida: "*por certo que revelamos a Bíblia, que encerra direção e luz*", padrão pelo qual os judeus devem julgar, pois "*aqueles que não julgam segundo o que Deus lhes revelou serão iníquos*". Logo a seguir, recordou os versículos 46 e segs.: "*e depois de outros profetas, enviamos Jesus, filho de Maria, confirmando a Bíblia que o precedeu e lhe concedemos o Evangelho, que encerra direção e luz [...] e*

é guia e exortação para os timoratos. Que os adeptos do Evangelho julguem conforme ao que Deus revelou nele, mas aqueles que não julgarem conforme ao que Deus revelou serão depravados". Portanto, se alguma lição podemos tirar do Corão, ela aponta para a tolerância do Islã. Devemos pautar-nos pelo revelado por Deus ao nosso povo. Isso não significa vedar o uso de ensinamentos alheios para esclarecer melhor nossos problemas. Apenas usaremos o critério que nos foi mostrado com o auxílio dos demais, até para revelar os pontos de discordância. O Profeta disse certa feita: "*receba a sabedoria sem se preocupar com o recipiente que a contém*". Até a diversidade de povos, como de resto tudo existente no universo, decorre da vontade do zeloso Deus. E o sábio tornou ao livro sagrado. Mesma sura, versículo 48, para os interessados em acompanhar no texto: "*a cada qual de vós, ditamos uma lei e uma norma; mas se Deus tivesse querido, teria feito de vós uma só nação*". Portanto, eventual colaboração estrangeira, tal como se vê em partes do Corão, não deve ser descartada. No fundo, o destino de cada pessoa se determina pelos seus atos, não pelo selo que leva. Gritos de protesto contra a última afirmação inundaram a sala. De todos os lados vinha a mesma objeção: a fé possui valor fundamental. Óbvio que sim, concedeu o hanifita. Mas o versículo 69 da sura mencionada pede silêncio e exige reflexão de todos: "*por certo que os crentes, os judeus, os sabelianos e os cristãos que crêem em Deus, no dia do juízo final e praticam o bem não serão presas do temor nem se atribularão*". Logo, podemos aprender

com os estrangeiros, se seguirmos o quanto nos foi revelado e - igualmente importante - praticarmos o bem. Enquanto fechava o livro sagrado, o velho aluno de Abu Hanifah disse aos três grupos oponentes: não se atormentem. Por sermos o rito mais antigo, tivemos a felicidade de haver lido e meditado sobre o Corão durante mais tempo. Nada mais. Contente como criança, Al-Ma'mun encerrou a reunião e prometeu para a próxima noite resposta para as pendências acerca do método da discussão.

Ao longo dos dias entre as sessões noturnas, cada rito reunia seus adeptos para desenvolver estudos da fé, elaborar estratégias, discutir pontos difíceis, preparar respostas aos argumentos dos demais. Na tarde seguinte à discussão rememorada, os hanifitas encontraram-se no observatório astronômico, também construído por ordem de Al-Ma'mun. Algum deles ponderou que o califa não havia compreendido com exatidão a mensagem hanifita, pois prometera decisão sobre quem participaria da polêmica. O representante que atuou naquela reunião em nome do *iman* Abu Hanifah concordou com o colega. De fato, a convocação de sábios para o exame dos problemas do império contradizia em parte a deliberação do soberano de se reservar a palavra final. Há diferença muito grande entre convidar doutos para esclarecer decisão própria com a ciência alheia e confiar a resposta às questões graves da vida coletiva a pessoas com os mais diversos pensamentos, retendo para si apenas um voto entre muitos ou nem sequer isso. Não falta quem diga ter

o Profeta adotado o voto como modo de exercitar o poder na comunidade islâmica. Segundo alguns, ele se inspirou no modelo das tribos nômades da Arábia, onde o mando se distribui com igualdade entre os membros do clã, para definir sua conduta e a de seus sucessores temporais, os califas. À pluralidade na representação das idéias deve corresponder a diversidade de pessoas dotadas de poder decisório, sob pena de se esterilizarem os bons e justos argumentos como pregações no deserto. Estar na sala onde se discute sem poder participar da decisão é pior do que a ela nem comparecer. Quem polemiza, mas está impedido de votar, legitima o domínio iníquo: dá-lhe a aparência de ser fundado no sentimento de toda a fraternidade da fé, encobrindo a decisão solitária de quem só satisfaz sua própria vontade. Ampliamos o espectro do pensamento das pessoas encarregadas da última palavra entre nós ou corremos o risco de involuntariamente participar de farsa. Pluralidade de idéias na discussão não basta; é preciso também haver pluralidade na decisão. Horas haviam se passado e nenhum dos hanifitas percebeu o fim da tarde, até os almuádens de Bagdá conclamarem: "*Deus é grande; não há outro Deus senão Deus e Maomé é o seu Profeta. Venham orar*"!

Quando abertos os debates daquela noite, o soberano confirmou as apreensões da minoria hanifita. Sem mais, anunciou a decisão sobre as duas sugestões formuladas pelos sábios da Rota da Seda. O califa esclareceu ter ficado impressionado com o argumento inegável de serem os xiitas irmãos na fé e, portanto, merecerem ser ouvidos,

ao menos em respeito ao fato de eles também temerem o Deus único. Entre xiitas e sunitas há consenso no fundamental e divergências no acidental. Portanto, o convite seria feito. Em contrapartida, a *istiçlâh*[20] dos maliquitas igualmente calara fundo na alma do soberano, em relação ao tema dos estrangeiros. Se o califado vive em guerra perene com os infiéis, não faz sentido trazê-los para a capital do mundo muçulmano e expor-lhes nossas dissensões. Os inimigos dispõem de muitos incentivos para nos dar combate; não devem ter essa arma adicional. O interesse público em evidenciar a união de nossas fileiras fala mais alto. Da mesma forma, existe sempre o risco de recebermos, na Cidade da Paz, espiões disfarçados de polemistas autorizados da cristandade ou de outros credos. Logo, não contaremos com nenhum estrangeiro em carne e osso a discutir conosco nessas noites. Isso não significa a impermeabilidade da discussão ao que houver de bom fora dos nossos domínios. Teses apoiadas em pontos de vista desenvolvidos no exterior, se compatíveis com a revelação divina, podem ser utilizadas pelos fiéis nas discussões. A propósito, o prédio onde nos reunimos, a Casa do Saber, foi erguido exatamente para viabilizar o acesso à cultura dos demais povos. Nossos médicos, por exemplo, já se contam entre os melhores do mundo, graças ao aprendizado nas obras estrangeiras, conjugado com pesquisas próprias. À disposição de todos

20 - Princípio segundo o qual o al-masilah al-mursula (interesse público) deve prevalecer.

os estudiosos encontram-se as obras da Casa do Saber, agora enriquecida com o butim obtido do bizantino Miguel II, consistente nas traduções dos melhores autores helênicos encontráveis na Grécia. Os hanifitas respiraram um tanto aliviados. E seu líder pensou: os argumentos dos sábios da Rota da Seda e o discurso em seu apoio haviam surtido algum efeito, não o ideal, no espírito elevado de Al-Ma'mun. Mas o que teria ocorrido com os súditos de todo o império, caso um insensível - ignorante ou culto - estivesse à frente do califado? Nem reunião de sábios, nem solução bem refletida, mas intolerância imperial traduzida no envio de dinheiro para subornar ou tropas para sufocar os oponentes. Quem não se contentasse com a bolsa, muitas vezes parca, se dobraria às ponderações da cimitarra. De fato, a sobrevivência da comunidade e, por conseqüência, do próprio Islã não deveria depender das vicissitudes da arte combinatória do poder. Ainda assim, houve algum progresso. Reputando vencidas as questões preliminares à discussão, Al-Ma'mun explicava agora a necessidade de se fazer intervalo prolongado até novas sessões noturnas, de sorte a viabilizar o convite e a vinda dos xiitas. Já se podia, então, ver o fim próximo da reunião; porém, as coisas tomaram outro rumo. Os partidários de Ahmad ibn Hanbal pediram a palavra. Entendiam haver questão inédita que não deveria passar em branco. De novo, o transcurso acelerado da noite impediu o prosseguimento dos debates e a audiência dos hanbalitas, a quem desde já se garantia prioridade na palavra na próxima reunião.

Iniciados os trabalhos da noite seguinte, Al-Ma'mun convidou os hanbalitas a expressarem suas idéias: somos ditos conservadores, quanto ao modo pelo qual encaramos o Islã e suas práticas. Muitos afirmam patrocinarmos "rigorismo extremo e ortodoxia indomável"; outros atribuem-nos "hostilidade intransigente à razão humana". Tudo isso é verdade. Não nos envergonhamos desses traços do nosso rito; tais características animam-no. Sem elas, careceríamos de expressão própria. Pertenceríamos ainda à honrosa e sábia escola fundada pelo *iman* Chafi'i. O reprodutor Deus assim não dispôs. Ele preferiu reservar a discípulo do mestre citado, ao *iman* Hanbal, a tarefa de abrir caminho novo. Em reação respeitosa ao ponto de vista chafiita, levamos a sério a expressão "*raízes do direito*"[21] ou método jurídico. Nosso método é literalmente radical. Assim, antes de mais nada, cabe indagar da utilidade e sentido de discussões como as até aqui mantidas e as previstas para breve. O ponto de partida demonstra todo o equívoco. A razão é falível; o homem, imperfeito. Como, a partir dessa faculdade limitadíssima, ousaremos buscar respostas para os males do mundo? Se Islã significa "*entregar-se à vontade de Deus*", como pode um grupo de homens pretender influir no destino por meio do intelecto? Pode o consenso entre doutos – o *Igma*[22] –

21 - *Usul al fikh*: literalmente, raízes do direito.

22 - Consenso na comunidade islâmica. Tem variados componentes, funções metodológicas e amplitude, a depender da escola em causa.

tudo resolver? Sugerimos o contrário: confiar a vida de nossas nações ao determinado pelo Criador. Ele decide tudo com perfeição. De nada adiantaria decidirmos uma coisa, se Ele se inclinar por outra. O representante da escola hanbalita recitou o versículo 5 e segs. da Sura da Família de Imran: "*por certo que nada se oculta a Deus, tanto na terra como no céu. É Ele quem os configura nas entranhas, como Lhe agrada. Não há outro Deus senão Ele: poderoso, prudente!*". Renunciemos às pretensões vãs de organizar o mundo com a mente. Cumpramos os preceitos da fé, obedeçamos a Deus e entreguemo-nos aos Seus desígnios. Ele proverá o resto, como sempre fez e fará. O silêncio desceu sobre a sala. Al-Ma'mun viu-se na contingência de engendrar artifício para livrar a si e as três alas das considerações dos hanbalitas, que tinham consigo a força dos argumentos fundamentais expostos de modo simples. Não trabalharam com a rama do Corão, mas com as idéias centrais do livro sagrado; prescindiram de bizantinices. Seu rigor era absoluto. A surpresa com o caráter essencial e geral do tema abordado autorizava a suposição de que o cerco armado pela simplicidade brutal dos alunos de Ahmad ibn Hanbal não seria rompido, ainda que os opositores tivessem vindo à Casa do Saber em busca de peleja. Ao menos, não naquela noite. Na dúvida, Al-Ma'mun não arriscou. Alegou compromissos estatais inadiáveis a começarem muito cedo no dia seguinte, para justificar a impossibilidade de seqüência da discussão; data oportuna deveria ser fixada com o propósito de analisar o tema. Havia tempo livre antes da recepção dos representantes xiitas. A caminho da saída

pela qual ansiava só desaparecer, o soberano repetiu as escusas desconexas pelo término antecipado da reunião. Parte dos que se mantiveram no salão congratulou-se com os hanbalitas e confessou-se preocupada em não incorrer em erro clamoroso, ao tomar parte nos debates intelectuais à procura de algo somente alcançável por outra via.

Transcorridos muitos dias além do intervalo normal até ali verificado entre as sessões, os quatro ritos foram informados da reunião na qual enfrentariam a questão em suspenso: a razão poderia determinar o destino de um povo, cujo mandamento básico é o de crer em Deus e se entregar à vontade d'Ele, qualquer que seja ela? Não por acaso, os chafiitas, tidos por ecléticos, conduziriam a réplica aos hanbalitas. O representante escolhido pelos três ritos fustigados começou o discurso com retribuição à gentileza dos adversários. Hoje, não há mais sentido em se falar de mestre e aluno, quando se pensa *iman* Chafi'i e no *iman* Hanbal. Como os próprios títulos o demonstram, ambos merecem a mesma deferência. A questão formulada realmente tem importância vital, pois errar-lhe a resposta não se esgotará em equívoco quanto ao resultado de equação mal resolvida pelo professor diante de seus alunos, ambos, aliás, aqui inexistentes. Tampouco o eventual erro se reduzirá apenas ao ridículo do capitão que, por imperícia no manejo do astrolábio, aporta numa cidade, crendo haver navegado até outra. Se a concepção exposta no encontro anterior for a correta, não apenas estaremos à deriva, mas, pior, perpetraremos

transgressão grave do Islã, no suposto ingênuo de defendê-lo. Insisto no ponto aflitivo para todos nós: falhar nesta ou em outra reunião não significará simplesmente cometer engano científico, isto é, pensar que se acerta ao errar. Violaremos deveres religiosos e jurídicos. O método para compreender os preceitos superiores do Islã tem que ser islamicamente adequado, sob pena de já não se lutar pela fé mas contra ela. Se a impugnação dos hanbalitas funda-se nas idéias mestras do sistema sob o qual todos vivemos, só há possibilidade de resposta adequada no nível mais elevado desse mesmo conjunto de revelações. Caso contrário, tornaremos o superior inferior e vice-versa. Em virtude desses motivos, só uma contestação ombreia a tese mencionada: muitas são as alternativas válidas de interpretação do texto sagrado - a existência de nossas quatro escolas dá a melhor prova disto. No entanto, desse universo de opções hermenêuticas estão excluídas as que transformem o texto da unidade em pacto suicida. Todas as opções estão admitidas, menos as que signifiquem ou possam implicar a destruição da própria base sagrada e intocável da revelação. O equitativo Deus ditou os deveres dos homens e, em contrapartida, assegurou aos obedientes a felicidade na vida eterna. Ademais, Ele deseja o predomínio da verdade e do bem no mundo, pois, se assim não fosse, não teria escolhido o Profeta nem removido a venda dos olhos dos crentes. A esse respeito, tornemos à origem de tudo: "*Oh humanos! Desfrutai de todo o lícito e bom que contém a terra; mas não sigais os passos de Satanás, porque é vosso inimigo declarado*"

(versículo 168 da Sura da Vaca). E mais adiante está escrito: "*Combatei pela causa de Deus a quem vos combata, mas não provoqueis, porque Deus não estima os agressores*" (versículo 190, idem). "*Combatei-os até exterminar a idolatria e que prevaleça a religião de Deus. Mas, se se converterem, não haverá mais agressão senão contra os iníquos*" (versículo 193, idem). Assim, está prescrito no nível mais alto da nossa crença a necessidade de se lutar pelo justo contra o injusto, pela verdade contra o erro, até que prevaleça na Terra a fé revelada. Sucede que esse outro objetivo primordial do Islã correrá sério risco, se todos seus adeptos abandonarem o combate. A atitude de-missionária, assim como a soberba do intelecto, não se coaduna com a revelação. O fiel há de atuar e, assim, contribuir para o bem deste mundo. Tendo agido, deve entregar-se à vontade de Deus. Não se trata de nada fazer e por omissão colocar em perigo a obra divina nesta vida, nem de ter a veleidade de tudo poder, quando sabemos tocar só ao onipotente Deus decidir o destino do universo. Antes de mais nada, é necessário estar no caminho revelado. Uma vez nele, o crente entrega-se à vontade do justiceiro Deus e nada além d'Ele temerá. Por esses motivos, cremos na validade dessas reuniões. Elas representam ciência. E, como disse Maomé: "*o que é amado por Deus compreende a religião pelas ciências e, para adquirir as ciências, tem-se que estudar*". Precisamos saber com certeza onde está o norte da nossa religião, para tomarmos o rumo correto em nossas vidas e, então, deixar o restante ao juízo do sapientíssimo Deus.

Interrogados, os dois outros ritos nada acrescentaram. Limitaram-se ao apoio incondicional ao discurso chafiita. O califa partiu para o óbvio: a tese e a refutação ouvidas constituíam, talvez, problema mais delicado e importante que a própria polêmica ensejadora das reuniões havidas e vindouras. Declarou-se incapacitado para decidir no momento. Tornaria ao ponto na reunião seguinte. Gostaria de orar e meditar antes de decidir.

Durante várias noites, Al-Ma'mun quis ouvir novamente as quatro escolas sobre a dificuldade levantada pelos hanbalitas. O quadro não se alterou. Ambas as partes reafirmaram suas posições. Por mais que tentasse, nenhum dos contendores trouxe algo de original. Na esperança de esclarecer seu argumento, embora, à semelhança do oposto, fosse transparente como água da fonte, cada partido buscava reformulá-lo, ora com multidão de exemplos de recapitulação inútil, ora com a abolição de todos eles. Um tentava estilo tendente às notações algébricas; outro partia para o modelo suntuoso das epopéias e assim por diante. Tudo inútil. Esse círculo consolador mas estéril continuou até um realista desmascará-lo: estamos a parafrasear os demais sem sairmos do lugar. Nada mais existe a acrescentar nem à tese nem à refutação. O estádio atual da polêmica demanda tomada de posição. Al-Ma'mun, escusando-se de novo com o adiantado da hora e com os afazeres imperiais, postergou o problema.

A reunião ocorreu poucos dias depois. O califa não desejou esquivar-se do ônus de decidir. O soberano trazia no rosto as marcas da dificuldade da questão. De modo um tanto abreviado, anunciou inclinar-se pela tese da maioria, viabilizadora da discussão civilizada, em oposição às arruaças dos mercados. A gravidade do problema e a qualidade dos interlocutores tornavam indispensável, mesmo para o próprio califa, declinar os fundamentos da opção feita. Al-Ma'mun iniciou pela razão e prosseguiu com a idéia de se prostrar diante do criador Deus. Já então sensibilizado pelos hanbalitas, ponderou: ainda que grande parte da humanidade pareça dela tolhida, a razão representa o traço com o qual o agraciador Deus distinguiu o homem dos demais seres. Logo, e ninguém parece em condição de negá-lo, o homem deve fruir a dádiva do generoso Deus. Isso mostra o acerto do dado primordial destacado pelos três ritos, mas traz consigo uma dúvida: empregar a razão em qual objetivo? Apenas para compreender a revelação e agir de acordo com ela. Para encontrar o caminho correto e dele não sair. E é só. Quanto às conseqüências dos nossos atos justos, delas não indagar. Essa parte da lição dos hanbalitas merece, por outro lado, prevalecer. Quem age por conta dos resultados das ações logo se vê tentado a controlar o destino. Sabemos, porém, que ao irresistível Deus - e somente a Ele - cabe decidir a marcha do universo, desde o evento mais insignificante ao mais importante. Façamos a nossa parte, com o auxílio da razão, mas sem a arrogância por ela provocada, e entreguemos nossas almas a Deus: Ele proverá o resto

como Lhe parecer. O iluminador e perfeito Deus não falhará no julgamento. Ao fado por Ele estabelecido, seja qual for, nós nos curvaremos como sempre. A marcha do tempo foi subestimada. A dificuldade do tema, comparado por alguns aos partos árduos, desaconselhava prolongar a reunião.

O pressuposto assentado na véspera prometia rapidez nos assuntos adiados. O primeiro deles, tratou Al-Ma'mun de esclarecer logo, exigia pouco esforço. Os xiitas agradeciam e declinavam da honra do convite, ao menos na modalidade aventada. Não atinavam motivo para atendê-lo. Com todo respeito à autoridade imperial, indagaram eles, por escrito, mais ou menos o seguinte: por que detentores de poder decisório sobre seus assuntos haveriam de se rebaixar a meros supridores de argumentos a terceiro, elevado, assim, à condição de *cadi*[23] supremo? Aceitavam, sim, o envio de observadores com o intuito de se ilustrarem com a ciência dos ortodoxos. Quem sabe não se deveria deixar para os maduros anos, décadas ou séculos posteriores o debate entre as duas grandes seitas e viabilizar, assim, o fim do cisma? Sem objeções de nenhum dos presentes Al-Ma'mun alterou o convite, de forma a incorporar os observadores, que, soube depois, eram os próprios mensageiros até ali ocultos na modéstia ou segurança de simples portadores do escrito xiita. Verificou-se algum

23 - Juiz.

rumor entre os hanifitas: os adeptos mais jovens do rito puxavam discretamente as vestes do chefe da delegação e sussurravam algo como a semelhança da opinião xiita e certa idéia veiculada numa tarde dessas no observatório entre eles mesmos e os sábios na Rota da Seda. As frases foram pronunciadas em tom muito baixo. Não se sabe se em respeito ao bom andamento dos trabalhos, ou para impedir que as ouvíssemos. De todo modo, o registro ficou fragmentário. O segundo assunto da reunião era esta mensagem dos estudiosos da Rota da Seda:

"Saudações em nome do vivificador Deus e do seu Profeta!

Em mais de um lugar por onde passamos, ouvimos falar de desentendimentos entre nossos irmãos. Há notícias de insultos verbais, tumultos nos lugares públicos e até mesmo atos de violência promovidos por grupos de tamanho variado. Provavelmente, estamos diante de um fenômeno dos limites do império, onde a autoridade pública não dispõe de tanto fôlego para impor a ordem, como no seu centro. A forma tida por alguns como correta para resolver o problema nos preocupa mais do que ele mesmo.

Talvez estejamos diante de novidade provinciana. Mas o fato é que desavenças aqui verificadas são vistas como problema meramente teórico a demandar solução por sábios reunidos em conselho. Segundo a

opinião corrente por estas paragens, controvérsias entre cidadãos normais, quando versem sobre qualquer aspecto das normas superiores da comunidade muçulmana, não mais devem ser resolvidas com apelo à discussão de todos, nem com a intervenção do juiz comum, responsável por tantos benefícios entre nós, ainda que às vezes cometa os erros inerentes a todo ser humano. Começa a correr a idéia perigosa de se subtraírem os temas relevantes da fraternidade ao senso de todos a quem a decisão afetará ou mesmo aos mecanismos tradicionais de solução de nossos impasses. O consenso entre doutos - o *Igma*[24] - tudo resolveria.

Em estreita conexão com o pensamento anterior, já existe quem fale até mesmo no *"fechamento do portão da sabedoria"*, ou seja, em dispensar contribuições futuras para a superação de litígios da nossa vida. Uma vez proclamada a verdade acordada entre os sábios, nada mais restará a fazer.

Precisamos ter cuidado redobrado, sobretudo quando ambas as coisas vêm unidas: sábios trancados em salas a decidir sozinhos o destino das nações e a estabelecer que o resultado de seus pensamentos não

---

24 - Consenso na comunidade islâmica. Tem variados componentes, funções metodológicas e amplitude, a depender da escola em causa.

devem ser questionados, porque justamente eles são os sábios.

Antes de nos despedir, solicitamos perdão pelo laconismo desta mensagem. As caravanas partem sobrecarregadas. Assim, só admitem levar mensagens leves e, portanto, curtas, que não sacrificarão ainda mais os camelos submetidos à longa marcha até o lar".

A indignação com o escrito dos sábios amigos de Al-Ma'mun foi geral, apesar de ter variado de intensidade entre os quatro grupos. Cada qual sentia-se ultrajado por certo aspecto da mensagem, sem falar no ataque direto ao papel dos eruditos na condução da comunidade, que parecia afetar a posição de todos na Casa do Saber. O califa encerrou os trabalhos daquela noite. Discutir a carta com tempo para pensar prometia resultados melhores do que respostas de improviso elaboradas com o sangue ainda fervendo.

A reunião da noite seguinte registrou escassas mesuras rituais. Assim que aberta, começaram as intervenções descoordenadas acerca da carta lida na sessão anterior. A animosidade não cessara. Al-Ma'mun concluiu ter exagerado na proximidade dos dois encontros. Um mísero dia não bastara para se refazer o equilíbrio. Alguém notou a coincidência entre os temas abordados pelos viajantes da Rota da Seda e o cerne da polêmica, a ser tratado justamente quando recebida a carta. Outro aventou a possibilidade de não se tratar de mera

coincidência. Os sábios isolados estavam inteirados do andamento dos trabalhos desenvolvidos na Cidade da Paz e desejaram atingir os presentes. Como sabiam eles ter a discussão desaguado nas questões do *Igma* e na idéia ainda muito vaga de "*fechamento do portão da sabedoria*"? Essa circunstância alteraria o significado da mensagem. O improvável em termos de análise combinatória, como diriam os matemáticos do império, seria injúria bem assestada contra o coração de todos. Um terceiro, mais versado que o antecedente nas coisas do mundo e menos dado a especulações conspiratórias, demonstrou com mansidão a impossibilidade de se imputar aos remetentes da carta o intuito de caluniar qualquer dos debatedores: além de o califa ter-lhes informado só dos termos mais gerais dos encontros, não existiam condições materiais para mensageiro ter saído de Bagdá, narrar-lhes o estado presente da discussão e retornar da divisa com a China a tempo de manter a carta atual. Ao menos essa explicação se harmonizava com os dados da experiência humana, à qual, talvez, nem todos estivessem afeitos. O soberano constatou que o estado de relativa desorganização mental dos debates deveria ser debitada ao silêncio dos líderes das escolas. Os quatro abstiveram-se até aquela altura de intervir; deixaram livre a criatividade dos colegas menos experientes. Um pouco de treino não lhes faria mal, mas já era hora de encerrar. Os chafiitas pediram para falar. O interesse justificava-se por a carta ter-se voltado contra princípio fundamental defendido pelos seguidores de Cahfi'i: o *Igma*, entendido como unanimidade entre os doutos. Recapitulemos parcela diminuta da história do

Islã, em especial o modo pelo qual os "*ramos do direito*"[25] foram libertados da prisão de duvidosa fidelidade à revelação. Todos nós haveremos de nos recordar do lugar e data do início dos trabalhos destinados a solidificar a fé: eles tiveram início aqui no Iraque, na Síria e em Hagiz, há décadas. Naquela época, os estudiosos da escritura trabalhavam com o conceito de *Ra'y* [26] - interpretação pessoal -, acalentado até hoje pela venerável minoria hanifita. Com o auxílio do *Ra'y*, objetivavam testar a compatibilidade dos costumes anteriores ao advento da mensagem divina aos preceitos do Corão. A suma honraria de mais antigo rito islâmico explica o apreço da escola hanifita pelo sentimento pessoal de justiça do juiz: muito próxima dos primeiros experimentos jurídicos, fundados no *Ra'y*, natural haver ela valorizado esse procedimento. Tudo isso não obscurece a precariedade da situação da fé e dos crentes, quando ambos se vêem entregues às variações de pensamento e do sentimento do justo registradas no largo e imperfeito espectro humano. Cada cabeça, ou juiz, uma sentença. Essa dificuldade não passou despercebida a Abu 'Abd Allah Muhammad ibn Idris Chafi'i. O *iman* provou-nos - e nisso parece contar com o apoio de

25 - *Furu al fikh*, literalmente, ramos ou galhos do direito. Designa a atividade de transformar em obra os dados da revelação, libertar e desenvolver o próprio direito.

26 - Interpretação pessoal; sentimento de justiça ou eqüidade do juiz.

maliquitas e hanbalitas[27] - a necessidade de se extraírem as normas de padrões objetivos como o Corão, a *Sunna*[28], as *Qyas*[29] e o *Igma*. Substituir a instabilidade das decisões fundadas no èntendimento pessoal de todos os juízes pela segurança do texto e das tradições, todavia, não punha o ponto final nas discussões imagináveis. Chafi'i percebeu a insuficiência dessa solução. Notou que certos aspectos da vida dos fiéis pareciam regulados de maneira pouco clara nas fontes mencionadas. Noutras vezes, juristas de conhecimentos escassos - e quantos os há - chegavam ao ponto de divisar conflitos insuperáveis entre dois preceitos do texto sagrado. Por fim, mesmo a concessão às *Qyas*, à lógica - analogia e raciocício a contrário senso -, mostrava-se recurso vão, diante de extensas lacunas sobre certos temas. Quer nos casos de obscuridade da lei, quer nos casos de aparente contradição entre os diversos versículos a compô-la, quer, ainda, na inutilidade dos expedientes lógicos, a perplexidade restaurava-se. Não superar essas dificuldades restantes resultaria em derrota na última batalha. Se nada fosse feito, o *Ra'y* voltaria a preencher as lacunas nas três fontes islâmicas. Na ausência de outro marco visível, o juiz seguiria a orientação que lhe parecesse mais adequada. Sob outro nome, ou mesmo

27 - A bem da verdade, os hanbalitas admitem a utilização do *Ra'y* apenas e tão-somente nos casos de absoluta necessidade, ainda assim como *ultima ratio*.

28 - Conjunto das tradições acerca dos atos e palavras do Profeta em vida, que deve funcionar como exemplos para os crentes.

29 - Procedimentos lógicos: analogia e raciocínio a contrário senso.

sem nenhuma outra denominação, o *Ra'y* ou entendimento pessoal reinaria uma vez mais e tudo retornaria ao início da jornada. Nosso *iman* lembrou-se, então, das lições de Malik ibn Anas, assistidas em Medina. Mais precisamente, recordou-se da novidade introduzida pelo mestre: o *Igma*, a significar consenso entre os mais velhos doutos de Medina. Para o *iman* Malik, o *Igma* – simples "qualificação de procedimento" ou método -, também poderia indicar o correto caminho a ser seguido pelos crentes, desde que apoiado no livro sagrado ou na tradição do Profeta. Ao ver de Chafi'i, a expansão do Islã determinou a necessidade de ajuste no conceito de *Igma*. O crescimento da fraternidade muçulmana demanda a extensão do consenso sobre as normas a todos os irmãos e não apenas aos medinenses. Por fim, o *iman* levou às últimas conseqüências a frase de Maomé constante da tradição[30]: "*meu povo não estará de acordo em torno de um erro*". O consenso entre os doutos deve entrar em ação sempre que o livro sagrado não contiver resposta adequada ao problema. Mais do que isso: existindo acordo unânime entre os sábios, poderão eles agir com liberdade plena na direção dos nossos destinos. Defendemos mesmo que o consenso deve dominar o cenário da interpretação e aplicação da lei. Aí estão as pegadas do Patriarca na tradição citada. Escuso-me por ter abusado da paciência e do tempo de meus colegas. Encerro aqui minhas considerações em prol da aceitação do *Igma* em nosso

30 - *Hadith:* tradição compilada na Sunna.

meio. Al-Ma'mun aproveitou o verbo da última frase do discurso do líder chafiita e pôs termo aos trabalhos da noite. Convinha apressar a discussão. Para a noite seguinte, todos estavam convidados à Casa do Saber.

Ao argumento de terem sido citados por último, os maliquitas indagaram da possibilidade de iniciar os debates da noite. Retomo a polêmica na base reconfortante deixada pelo discípulo de Chafi'i - a palavra do Profeta: "*há algo de magia na eloqüência*". Isso bem o demonstraram os chafiitas. Por certo que o desencontro de opiniões provocado pelo sentimento pessoal do juiz e a impossibilidade de decidir causada pela supressão daquele sentimento não se harmonizam com o interesse público. E defendemos sempre o afastamento de tudo quanto lhe seja contrário; todos o sabem. Sob esse aspecto, tendemos a concordar com os chafiitas. Porém, há mais a se considerar, em se tratando do *Igma*, velho conhecido, e o "*fechamento do portão da sabedoria*", novidade de uns poucos. Logo de saída, sublinhamos a diferença substancial entre a idéia maliquita e a chafiita de *Igma*, o consenso entre doutos. Não custa rever a distinção: enquanto o *Igma* defendido por Malik está nas "*raízes do direito*", o Igma preconizado por Chafi'i encontra-se nos "*ramos do direito*". Não estamos a disputar por nomenclatura arbórea. A questão é bem mais delicada do que diferençar as extremidades de vegetal. O *Igma* dos maliquitas diz respeito ao método do direito, o consenso como a maneira correta de se interpretarem as verdadeiras fontes de onde emanam as

normas da fé. Já o *Igma* dos chafiitas transforma o próprio consenso em fonte de novas normas, depois de o ter ampliado aos sábios mais ilustres do Islã e não apenas aos de Medina. A distância entre as duas pontas do califado não se compara ao espaço aberto entre as concepções resumidas. Assim, cabe reter bem essa diferença substancial e dela retirar as conseqüências corretas. Uma coisa é apoiar o *Igma* como método científico de interpretar normas preexistentes à decisão, porque constantes do texto sagrado, ainda que em fórmulas vagas. Outra coisa, muito diversa, é alterar essa idéia de consenso entre doutos, para atribuir-lhe a função de criar imposições de todo inéditas para os fiéis. Quem apóia o *Igma*-método não necessariamente concorda com a noção de *Igma* como fonte ou poder para produzir inovações na sagrada ordem das coisas.

O representante dos hanabalitas também contraditou os fundamentos declinados pelos chafiitas em favor do *Igma*. Admitamos, apenas para argumentar, o acerto dos chafiitas na questão do *Igma*: o consenso deve ser incorporado à lista das fontes de normas do Islã, junto ao Corão e à Sunna. Ainda assim, a resposta chafiita para o problema parece deficiente. E uma das falhas - com perdão da palavra – está na ausência de demonstração de ser o *Igma* o consenso obtido só entre os doutos. Lembremo-nos da história. Num processo de décadas, Maomé tomou consciência e se entristeceu com a iniqüidade das criaturas moldadas pelo sublime Deus. Tendo-se atribulado com a situação alheia, pois tinha

honra, família, respeitabilidade e fortuna, e convicto do imperativo de modificar a injustiça em torno de si, Maomé isolava-se na gruta da montanha de Hira, em busca de paz para meditar. Após ali ter-lhe sido revelada a mensagem divina pelo anjo Gabriel, o Profeta buscou apoio inicial entre seus próximos e os demais moradores da cidade sagrada. Debalde, procurou os sábios e poderosos de Meca, de quem, no ínicio, somente obteve repulsa. Não nos esqueçamos: a persecução ao Profeta e aos seus seguidores foi tão violenta, que se viram obrigados a emigrar para Medina. A história mostra-nos que as raízes da crença estavam e estão assentadas no povo. Só mais tarde e depois de lutas, veio sua aceitação pelos donos do poder e do saber, em geral confundidos até carnalmente. Se dependesse dos poderosos e de muitos sábios, todos nós desta sala ainda estaríamos imersos na idolatria. Se infalibilidade da fraternidade da fé houver, como querem os chafiitas, ela decorrerá da participação de todos, não de um ou de alguns de seus segmentos. A passagem de onde se extrai a preponderância da opinião dos mais ilustrados não dá margem a essa conclusão. Maomé disse: "*meu povo não estará de acordo em torno de um erro*". Outros ditos do Profeta confirmam a impressão de, a vingar, o consenso deva ser formado em toda a coletividade, não apenas entre os sábios. O fundador do Islã foi além: "*todos os homens são iguais, como os dentes do pente do tear; não há superioridade do branco sobre o negro nem do árabe sobre o não-árabe*"; "*eu sou um homem como os demais*". Como todos somos iguais, a aristocracia do saber não se sustenta. Além disso,

se se pudesse tolerar o *Igma* como fonte adicional de obrigações para os fiéis, ele somente poderia referir-se aos temas não tratados no Corão: por definição, nada supera a revelação divina; nenhum douto é mais sábio que Maomé. Na melhor das hipóteses - e nem ela se aceita -, a decisão final haveria de ser iluminada, durante longo tempo, por toda a coletividade, aí incluídas todas as escolas e os humílimos protagonistas do mais modesto litígio apreciado pelo juiz à beira do deserto, pois, afinal de contas, também essas pessoas são protegidas pela revelação do onipresente Deus. Se pudesse existir, a legitimidade desse consenso de doutos - sempre inferior ao texto sagrado - só se estabeleceria após longo procedimento dotado de várias exigências: intervalo de tempo necessário ao amadurecimento das idéias e compreensão exata do alcance do texto sagrado; escalonamento em várias fases, com sujeitos diversos em cada uma delas; teste dos sucessivos resultados obtidos; discussão das soluções provisórias na comunidade e nas escolas; revisão por outros sábios e assim por diante. Se Maomé afirmou sua equivalência aos demais, constitui erro defender agora o contrário, dotando alguns do poder de substituir a revelação e todos os demais crentes.

À semelhança de todas as noites precedentes, Al-Ma'mun fazia questão de ter junto a si o sábio Gejor-Siul-ibn-Segrob, o cego que, em paradoxo apenas aparente, dirigia a biblioteca imperial. Todos em Bagdá sabiam de extensas conversas entre ambos, intensificadas durante os dias mediadores dos encontros noturnos. Até aquela

noite, o bibliotecário preferira trocar freqüentes comentários em voz baixíssima com o soberano. Porém, Segrob manifestou o desejo de intervir no debate naquele preciso momento. Se bem o compreendi, o tema resume-se assim: esquecida a validade do *Igma* como fonte de obrigação para os fiéis, os sábios lutam neste instante por saber se uns poucos doutos devem colaborar na sua formação ou se o consenso há de ser alcançado com o concurso de todos, declarados iguais pelo mensageiro divino. A questão em debate confirma meu teorema: "*já se disse que todos os homens nascem aristotélicos ou platônicos. Isto equivale a declarar que não há debate de caráter abstrato que não seja um momento da polêmica de Aristóteles e Platão; através dos séculos e latitudes, cambiam os nomes, os dialetos, as caras, mas não os eternos antagonistas*". Os aristotélicos supõem a ciência capaz de organizar mentalmente todos os dados de qualquer problema, colocá-los num esquema completo e oferecer a única resposta possível. À moda dos cristãos, os partidários de Aristóteles contentam-se com o consenso entre os doutos: os mais versados na ciência apontam o caminho correto e os demais os seguem. Já os platônicos, discípulos de Sócrates, trabalham com sistemas evolutivos mas não exaustivos, acreditam apenas no diálogo como mecanismo para minorar a crise gerada pela consciência do trágico da vida: ter optado pela ação - ao invés da omissão - e saber que ela, a ação, inexoravelmente gera alguma parcela de mal. Têm a noção exata do drama de se buscar a solução ideal, mesmo sabendo que, nesta Terra, só há soluções imperfeitas. Sabem, por fim, que somente

a participação da comunidade inteira pode legitimar as escolhas feitas, pois delas sempre sobra resíduo de dor e de mal para alguém. Resta-nos - a todos nós - tomar um dos partidos. Silêncio. Reunião dissolvida.

Na noite seguinte, os hanifitas discorreram sobre o *Igma*, como consenso dos doutos. Não tiveram dificuldade em se postar ao lado dos sábios da Rota da Seda ou de Platão, como se preferir. Voltaram a lembrar que o seu *iman* não escreveu lições; ele as expôs verbalmente e praticou atos pétreos. Determinado sultão nomeou Abu Hanifah para a função de juiz. Por se julgar carente dos atributos exigidos pelo cargo, recusou-se a assumi-lo. Foi, então, imolado pelo poderoso. Morte duplamente perversa. De um lado, ceifou a vida de um *iman*. De outro, criou situação deplorável: quantos de nossos juízes não exercem a magistratura apenas por medo de não morrer? Mas, o tempo cobriu com véu até mesmo o exemplo do *iman*. Caso todos os tolos que hoje se proclamam a serviço da Justiça tivessem consciência da sua condição, andaríamos sultanatos inteiros sem encontrar nem um juiz a afirmar-se apto para resolver disputa sobre camelo velho e famélico. Ao largo dessas considerações, importa mesmo extrair o princípio contido no ato derradeiro de Noman ibn Tabit[31] e por ele nos guiar. A mensagem legada pelo nosso *iman* aponta para direção inequívoca: a autocrítica das limitações

31 - Nome verdadeiro de Abu Hanifah.

humanas. Nem sequer a fama de sábio já em vida foi capaz de arranhar a convicção de Abu Hanifah na falibilidade humana, mesmo em se tratando de doutos. Tanto assim que se disse incapaz de resolver litígios banais da judicatura. Como o *iman* tinha por máxima desconfiar da capacidade dos homens - doutos ou não - para desatar até mesmo as questões sobre as insignificâncias do quotidiano, não há outra saída acertada: opomo-nos firmemente à idéia de elevar o consenso entre os tidos como doutos à condição de fonte de obrigações para os fiéis. Na melhor das hipóteses, o *Igma* haveria de ser forjado por todos os membros da nossa comunidade. Tampouco concordamos com isso, porque sobre a vontade de todos paira o desígnio irrevocável e único de real interesse - o do grandioso Deus. De nada valem os momentâneos acordos entre os mortais - ou *Igma* -, se este consenso não refletir o escrito na lei fundamental ditada por Deus. E o hanifita lembrou passagem da *Sunna*: *"o Profeta disse: quando Deus criou o cálamo, ordenou-lhe: escreve! O cálamo perguntou: oh, Senhor! Que escreverei? Escreve, respondeu Deus, o destino de todas as coisas até o fim do mundo. E o cálamo escreveu tudo o que foi e tudo o que será até o século dos séculos. Jamais haverá superioridade do árabe sobre o não árabe, ou a inversa, nem do branco sobre o negro, ou inversamente, senão pela piedade"*.

Os ortodoxos indomáveis - os hanbalitas - prosseguiram no raciocínio em aparte consentido: denunciamos como a sublevação mais perigosa contra a

vontade de Deus a idéia de atribuir ao consenso, seja lá de quem for - de doutos ou ignorantes -, tanto a capacidade de gerar deveres novos, ausentes do Corão, quanto o poder de abolir as antigas obrigações inequivocamente nele escritas; também repudiamos a pretensão de o acordo humano ser livre para pendurar frutos nos *"ramos do direito"*. Os frutos são os que o provedor Deus lá zelosamente fez brotar e se contemplam na norma superior por Ele revelada - o livro sagrado a que todo o povo de Deus tem acesso pela leitura. Não é por outra razão que a obra mais importante da nossa cultura - o Corão - tem seu nome tirado do verbo *qara'a*, de significado conhecido por todos: ler. Quem o ler - seja um douto, juiz de aldeia ou simples servo do supremo Deus - há de intervir em favor da sua causa. Ai de nós, se não pudermos nem ao menos ler por nós mesmos o livro da fé! Cairemos na mesma armadilha onde os seguidores do profeta Jesus se vêem presos: impossibilitados de ler o Evangelho por si mesmos - porque escrito em língua antiga e só o clero nela versado está autorizado a interpretá-lo -, aqueles homens dependem da leitura monopolizada pelos sumos sacerdotes da igreja para ter acesso à palavra sagrada. Os cristãos carecem de meios para distinguir o texto sagrado da versão que lhe emprestam os sacerdotes. Desqualificamos o acordo mencionado como a mais danosa sedição à fé engendrada em nossas fileiras. Todos estamos de prontidão para o ataque dos infiéis, mas nenhum de nós espera golpe partido de quem deveria combater ao nosso lado. Perdoem-nos os nossos opositores. Não pretendemos

ofender pessoas, mas ansiamos por fidelidade ao essencial da crença professada por todos nós. Não há outro nome, senão blasfêmia, para designar a conjugação do *"consenso entre os doutos"* ao *"fechamento do portão da sabedoria"*[32], à semelhança de duas corcovas de um mesmo camelo. Pelo primeiro, a ciência tudo resolve. Pelo segundo, uma vez estabelecida a verdade pelos doutos da fé, nada mais resta a fazer: o trabalho intelectual por eles desenvolvido terá sido tão completo que, aos demais fiéis sobrará apenas pô-lo em prática e não pensar mais no seu desenvolvimento. Não raciocinamos em termos da dualidade Platão-Aristóteles. A nós pouco importam as sutilezas teóricas estrangeiras. Admitir que o acordo alcançado por mortais ilustrados estabeleça, de modo exclusivo e apriorístico, o conteúdo do livro sagrado implica atribuir a esses homens a dignidade de Deus, mesmo no tocante ao atributo da infalibilidade. Equiparar homens a Deus não passa de apostasia. Se o consenso entre doutos se converter na fonte primordial do nosso saber, então os doutos, na prática, tomarão o lugar de Deus, porque poderão atribuir ao texto sagrado qualquer significado, até diverso do real. No limite, tal troca de sentido das palavras do livro é a ab-rogação da palavra de Deus pelo homem. Já não mais teremos homens entregando-se à vontade de Deus, mas Deus entregue à vontade dos homens. Que o munificentíssimo Deus nos livre disso!

---

32 - *Igtihad* quer dizer sabedoria.

Agora, os hanifitas abasteciam os hanbalitas com outros argumentos, num aparte ao aparte: o consenso só entre os doutos define-se como o *Ra'y*[33] de pessoas ilustradas. Assim, a tese dos chafiitas incide no erro denunciado por ela mesma: substitui o sentimento de justiça geral por outro, restrito aos doutos. De mais a mais, os verdadeiros sábios sempre dispensaram o argumento de autoridade. O respeito aos sábios dá-se pela sapiência imanente aos seus atos e lições, não pela imposição com cimitarra. O Profeta afirmou: *"mais vale a tinta dos sábios do que o sangue das espadas"*. Se as razões dos doutos forem mesmo sábias, elas se imporão por essa qualidade; se não se impuserem por si mesmas, então provavelmente nem sábias serão. O respeito aos doutos não se arranca dos discípulos ou dos súditos, conquista-se pela própria sabedoria. A tinta do douto não se confunde com o sangue derramado pelas cimitarras nem com o fechamento, à força, do *"portão da sabedoria"*, esmagando os fiéis, após a suposta verdade ter-lhes sido anunciada por fresta nele entreaberta. Quando nada, o fechamento do *"portão da sabedoria"* congelará o texto sagrado numa situação limitada no espaço e no tempo. Contudo, o texto da revelação necessita de homens de corações e mentes aquecidos, para manter viva a fé por toda eternidade. Não podemos, ainda, descartar o erro dos sábios. Como bem demonstraram os hanbalitas, por definição, apenas Deus

33 - Sentimento pessoal de justiça do julgador.

desfruta a infalibilidade; nós, não. Nestes dois séculos e pouco da Hégira, já temos exemplos de sobra dos equívocos cometidos pelos doutos, a impor meditação profunda sobre o consenso de sábios e a aplicação cega do que disseram. Para ficar só no exemplo mais constrangedor, não estão os quatro ritos a pesquisar os atos e palavras do Profeta para retirar da *Sunna*[34] as tradições falsas nela introduzidas pelo egoísmo de impostores? No *Igma* como fonte de normas para os crentes, quando o consenso estiver errado, já não haverá diferença entre interpretação do texto sagrado e a livre criação de outro texto supostamente revelado mas, de fato, herético, sob o manto do primeiro. A interpretação tem carga de novidade; todavia ela não mais existe, se se alterar a essência do sentido dos preceitos revelados. Isso é deturpação do texto. E, se além disso, o *"portão da sabedoria"* estiver fechado, a correção do erro nunca mais acontecerá. Contra ambos os males, os crentes devem lutar, porque ao seu lado está o sagrado direito de resistência. Os chafiitas retrucaram: se os doutos errarem, terá sido a vontade de Deus. Nova objeção hanbalita: a vontade de Deus somente pode ser a de acertar, isto é, gerar a correspondência exata entre o texto e sua interpretação, até porque o Altíssimo só entende o significado do termo erro pelos atos humanos que concretizam enganos, não por experiência própria. Os

34 - Conjunto das tradições acerca dos atos e palavras do Profeta em vida, que devem funcionar como exemplos para os crentes.

ortodoxos foram adiante. Ainda que involuntariamente, concordar com a blasfêmia da substituição da palavra de Deus pelo consenso de estudiosos é caminhar aceleradamente para heresia maior: já existem defensores da possibilidade de o acordo dos doutos suspender a vigência do livro sagrado não mais por acidente, engano - como até há pouco se falava - mas de modo intencional. Mais dia menos dia, alguém achará razoável que pessoas portadoras de amplos conhecimentos tenham o direito de, conscientemente, suspender até mesmo as leis superiores do Corão em benefício de outras, engendradas pelo imperfeito legislador humano do momento. E o farão em nome de conceitos vagos como o bem comum, interesse social, ordem pública e assim por diante. Não há como deixar de fazer observação ligeira quanto a esses conceitos vaporosos, bem ilustrados na cláusula do interesse público. Pode haver interesse público maior neste mundo do que o respeito absoluto e incondicional ao prescrito no livro sagrado? Por acaso, haverá algum valor mais caro e importante à comunidade do que a fiel e estrita observância - por doutos e ignorantes - do revelado por Deus? Quem se inclinar pela resposta afirmativa às duas questões esvaziará a noção de Deus e de sua lei, melhor e acima de todas as outras; também plantará entre nós a semente da destruição do que verdadeiramente nos une - nossa fé. O brilho forte do sol a invadir a sala colocou ponto final na reunião. Al-Ma'mun convocou outra para a noite imediatamente posterior.

Aberto o encontro, Al-Ma'mun disse: esta noite marca o fim da primavera. À semelhança do florescimento de todas as plantas ao toque do afetuoso Deus, nossas discussões dão testemunho fugaz da grandeza de nosso Senhor. Convoquei os sábios à Bagdá alarmado com a diversidade de idéias a agitar o nosso califado. Não percebi que o grande tesouro do império confunde-se com essa pluralidade de pessoas a caminhar juntas na estrada construída pelo congregador Deus. Imerso em puro preconceito, acreditei na possibilidade de separar o justo do injusto com o auxílio exclusivo de sábios em discussão apartada do restante da nossa fraternidade. Desconhecia que só o todo - não a parte - da comunidade detém a capacidade de criar sentidos duradouros para a sua própria vida. Dominado por medo gerado no ludibriador mundo dos sonhos, julguei acertado *"fechar o portão da sabedoria"*, após ter definido e imposto a todos os demais e para todo o sempre o ponto de vista correto acerca da crença professada por todos nós. Minha cegueira impedia-me de ver que a beleza do Islã está justamente em reconhecer que a crença no único e protetor Deus não se faz à custa da variedade de suas manifestações sobre a terra, todas de igual mérito. Hanifitas, hanbalitas, maliquitas e chafiitas têm o mesmo valor e não podem ser substituídos uns pelos outros. Fixar entendimentos sobre conceitos abstratos importa pouco; mais importantes mostram-se percorrer a senda do justo e afirmar um único princípio - Deus acima de todos a garantir a cada qual o que lhe é devido. As diferenças no restante são todas suportáveis.

Os quatro ritos representam entendimentos respeitáveis da mensagem revelada, merecem e têm o respeito recíproco e o do poder temporal. Enquanto a serviço de Deus e da justiça, os crentes são livres para se filiar a qualquer dos quatro ritos básicos, cujo método inclui sempre o acesso imediato à revelação, por meio da leitura e meditação sobre o texto sagrado. Por isso, todas as escolas impõem, pelo menos, cinco contatos diários com a palavra escrita e ensinam todos a ler. Enquanto trabalhar com os instrumentos da fé e no intuito de a realizar, cada juiz tem o direito e o dever de julgar segundo a sua convicção e a escola à qual livremente julgou merecedora de sua adesão. Nem se trata de adotar compulsoriamente a escola prestigiada pelos detentores do poder, nem de se dobrar à eleita pela maioria. Assim como cada fiel escolhe o seu rito, o juiz também é senhor de suas convicções contidas nos limites da revelação. Ao principiarmos a discussão, corríamos o risco de as nossas muitas noites se transformarem em período de trevas para o califado, cuja duração e cujo destino ninguém poderia prever. Ao fim da nossa jornada, para a nossa felicidade eterna, as muitas e boas noites aqui passadas testemunharam honestas e livres meditações de pessoas que se entregaram à vontade do protetor Deus. Já é tarde. Convido-os agora para que façamos juntos as nossas orações desta noite de despedida.

Como sempre, certos estudiosos dedicados ao exame da polêmica árabe documentada no manuscrito duvidam da autenticidade integral do texto que consultei no Real

Gabinete Português de Leitura, sobretudo das duas cartas enviadas pelos sábios da Rota da Seda a Abu-al 'Abbas 'Abd Allah al-Ma'mun. Certos historiadores modernos negam até mesmo a existência dos sábios árabes alegadamente no final da Rota da Seda[35]. Outra corrente admite terem eles vivido e viajado até o destino mencionado; mas, em razão da distância que os separava de Bagdá, nem sequer souberam da convocação feita pelo soberano[36]. Uma terceira escola defende a tese de que as mencionadas pessoas, de fato, existiram e estavam no lugar mencionado no manuscrito. Porém, de lá enviariam não mais do que uma única mensagem descrevendo o lugar ao califa. Para estes últimos historiadores contemporâneos, as cartas foram expedientes usados por Al-Ma'mun para defender idéias divergentes da crença oficial e popular sem que se lhe pudesse opôr a pecha de apóstata[37].

De qualquer modo, o livro a que tive acesso registra: quando parte dos sábios da Rota da Seda regressou -

---

35 - E. g., Elliot Dust, *The arabian people and its thought*, p. 628, em nota de rodapé com vasta indicação bibliográfica; e Rodolfo Quevedo Morisco, *Presencia árabe en España: memorias*, vol. 2, p. 122.
36 - Pascal Sable, *Histoire de la pensée arabe*, p. 337; Maria Algarve, *Pensamento árabe em solo português*, p. 213.
37 - Cf., entre tantos outros, Willem von Ödeland, *Geschichte der arabischen Philosophie*, p. 723; Christian Wüste, *Das arabische Denken im 9. Jahrhundert*, p. 356; e Tania Hoch-Stapler, *Arabische Quellen des abendländichen Rechtsdenken der Gegenwart*, p. 225.

alguns morreram e outros preferiram continuar no isolamento -, o calor dos debates se tinha apagado; tudo já não passava de páginas frias de um volume da Casa do Saber, de onde copiado o incunábulo no qual me fiei para escrever esta memória. À semelhança do livro, o califado desfrutava da paz decorrente do saber árabe, que fez prevalecer a tolerância entre iguais, encarnados nos quatro ritos. A propósito, *laiaali* significa, em árabe, muitas noites.

PRECEDENTES E VINCULAÇÃO

Instrumentos do *Stare Decisis* e Prática Constitucional Brasileira

PATRÍCIA PERRONE CAMPOS MELLO*

1. Introdução

A indiscutível *expansão do controle concentrado* de constitucionalidade[1], as recentes discussões empreendidas pelo Supremo Tribunal Federal acerca da *eficácia transcendente da motivação* nesta sede, e, finalmente, a criação da *súmula vinculante*[2], através da Emenda Constitucional n° 45/04, apontam para um *novo momento da hermenêutica constitucional.*

* Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.

1 Sobre a tendência ao alargamento da jurisdição constitucional abstrata e concentrada no Brasil e, ainda, para exame das características do *controle difuso* e do *controle concentrado* de constitucionalidade, do controle de constitucionalidade *por via incidental* e *por via principal*, bem como do caráter *híbrido* do sistema brasileiro, albergando as referidas modalidades e combinando o *controle por via incidental e difuso* com o controle por *via principal e concentrado*, cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.* São Paulo: Ed. Saraiva, 2004., p. 45-62.

2 Esclarece José Carlos Barbosa Moreira ("A redação da Emenda Constitucional n° 45 (Reforma da Justiça)". *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 101, n.378, p. 39-46, mar./abr. 2005) que a "súmula da jurisprudência dominante", no singular, foi criada em 1963, pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de compendiar as teses firmemente consagradas em suas decisões, compondo-se de certa quantidade de proposições que traduziam tais teses, razão pela qual a denominação oficial de "súmula" corresponderia ao conjunto, ao todo das teses compendiadas, não sendo adequado falar em "súmulas vinculantes" no plural. De todo modo, reconhece o jurista, a própria Emenda Constitucional n° 45/04 assimilou o uso, antes informal, da expressão "súmulas vinculantes" no plural, de forma que não se fará tal diferenciação no presente trabalho.

Tais fatos expressam a evolução dos mecanismos de jurisdição constitucional, no Brasil, para uma direção comum, de atribuição de *força vinculante aos precedentes judiciais*, representando, assim, uma aproximação do nosso sistema jurídico, tipicamente correspondente a um modelo de direito codificado-continental (*civil law*), ao sistema da *common law*[3], no qual a idéia de vinculação a precedentes possui papel central.

A mencionada aproximação ao sistema da *common law* não constitui, todavia, uma abrupta ruptura com a tradição brasileira de direito estatutário. Ao contrário, ela resulta de um processo lento e paulatino.[4]

Para ilustrar esse processo paulatino de aproximação ao *common law*, mediante inserção e ampliação de mecanismos com efeitos vinculantes, basta lembrar que a Carta de 88 foi promulgada prevendo, como instrumentos do controle concentrado de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por ação, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a ação direta interventiva (além da previsão genérica da argüição de descumprimento de preceito fundamental, então, sem contornos definidos).

Com a Emenda Constitucional nº 3/93, introduziu-se, no sistema de controle concentrado, a ação declaratória de constitucionalidade, prevendo-se, expressamente, que as decisões nela proferidas produziriam eficácia contra todos e *efeitos vinculantes* com relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo. Esta última disposição, por sua vez, levou à pacificação da discussão sobre a conferência de efeitos vinculantes à própria ação direta de inconstitucionalidade, sob a alegação de que esta última e aquela constituiriam a mesma ação "com o sinal trocado".

Em seguida, a Lei nº 9.868/99 veio disciplinar o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade,

3 De acordo com André Ramos Tavares (*Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à Emenda Constitucional n. 45/04.* São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, p. 108-109), o modelo codificado (*civil law*) se caracteriza pelo raciocínio abstrato e dedutivo, "que estabelece premissas e obtém conclusões por processos lógicos", a partir de normas gerais; ao passo que o modelo de precedente judicial (*common law*), fortemente centrado na decisão judicial (*judge made law*), atua por um raciocínio indutivo, pelo qual se busca nos julgados a fonte/norma de decisão dos casos subseqüentes.

4 Sobre não constituir a súmula vinculante uma ruptura em nossa história, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. "Súmulas Vinculantes". *Revista Forense.* Rio de Janeiro, v. 95, n. 347, p. 51-65, jul./set., 1999; SCAFF, Fernando Facury e MAUÉS, Antônio G. Moreira. "A trajetória brasileira em busca do efeito vinculante no controle de constitucionalidade". In WAMBIER,Teresa Arruda Alvim et al (org). *Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 225-242; STRECK, Lênio Luiz. "Efeito Vinculante: desmi(s)tificações necessárias acerca dos projetos de reforma do Judiciário. Revista da Femargs n. 1. Disponível em: http://www.femargs.com.br/revista01_streck.html. Acesso em: 25 jun. 2005, p. 5. Sobre não constituir o efeito vinculante uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro desde a Emenda Constitucional nº 7/77, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. "O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas". *Revista Jurídica Virtual*, vol. 1, n. 4, agosto 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm. Acesso em: 30 jun. 2005.

corroborando os referidos efeitos vinculantes e reconhecendo aplicáveis tais efeitos, em ambas, inclusive no caso de interpretação conforme a Constituição e de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. Pouco depois, a Lei nº 9.882/99 regulamentou a argüição de descumprimento de preceito fundamental, novo instrumento com efeitos vinculantes.

Em sede de controle difuso, de igual modo, diversas leis ordinárias conferiram algum efeito impositivo às súmulas, a exemplo da Lei nº 9.756/98, que atribuiu ao relator poderes para inadmitir ou improver recursos em confronto com as mesmas ou com jurisprudência dominante.[5]

Constata-se, assim, que a recém-criada *súmula vinculante*, fruto da Emenda Constitucional nº 45/04, aparece como mais um capítulo de uma jurisdição constitucional que tem se dirigido à construção de um *sistema de precedentes judiciais com caráter normativo*, a despeito da adoção pelo Brasil do modelo de direito estatutário.

Nesse contexto, há que se indagar: quais são as modificações e os novos métodos que a inserção e ampliação dos efeitos vinculantes das decisões judiciais produzem (ou produzirão) na hermenêutica constitucional? A atribuição de tais efeitos aos precedentes interfere na forma de se pensar o direito ou na forma de argumentação e de fundamentação das decisões judiciais? Como se extraem legitimamente as regras vinculantes de um precedente? Como se identificam ou se diferenciam os precedentes, de modo a atrair ou a afastar a aplicação de decisões anteriores? Como se dá a superação/revogação de um precedente?

Esses assuntos, tão recorrentes nos países do sistema da *common law*, nos quais encontram vasta bibliografia, e indubitavelmente essenciais para o manejo dos precedentes, são, ainda, pouco tratados pela doutrina nacional, e sobre eles se debruçará neste trabalho.

Para tal, recorrer-se-á, no *item 2*, abaixo, a uma pesquisa do direito comparado, sobretudo do direito norte-americano, objetivando examinar a metodologia utilizada pela doutrina estrangeira na operação com precedentes. No *item 3*, procurar-se-á analisar como se dá o manejo de precedentes no direito brasileiro, tendo por ponto de referência a metodologia identificada no direito comparado. Por fim, no *item 4*, proceder-se-á à conclusão (inicial e aberta) acerca da consistência ou inconsistência da forma como já se vem trabalhando no Brasil com precedentes e sobre o impacto que a inserção ou ampliação dos efeitos vinculantes gera/gerará no funcionamento da jurisdição constitucional brasileira.

2. *Direito comparado*

Embora não se pretenda restringir o exame dos sistemas estrangeiros ao direito norte-americano, este representará, sem dúvida, o principal ponto de partida para a

5 Para um exame mais detido de tais leis ordinárias, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 54-57.

análise que se empreenderá abaixo, em especial, em razão da disponibilidade de farto material sobre o tema.

Na cultura jurídica norte-americana, o precedente constitui "a regra jurídica usada *pela Corte de última instância no local em que o caso foi decidido*, aplicada aos fatos relevantes que criaram a questão de mérito levada perante a Corte para decisão". *Stare decisis*, por sua vez, corresponde à "política que exige que as Cortes subordinadas à Corte de última instância que estabelece o precedente sigam aquele precedente e 'não mudem a questão decidida'. Este princípio, *aplicando a doutrina do stare decisis* para estabelecer precedente vinculante, veio para a cultura jurídica dos Estados Unidos da tradição do *common law* inglês"[6].

De acordo com tal sistema, a parte, ao buscar um precedente aplicável à ação a ser julgada, precisa, primeiramente, identificar os *fatos relevantes* do caso concreto e, então, a *questão legal* que será decidida pela Corte em sua apreciação. Em seguida, a parte buscará um precedente que trate das *mesmas questões de direito* e no qual se constate, ainda, que a discussão sobre tais questões de direito se baseou essencialmente na *mesma situação de fato relevante* para a decisão do caso concreto sob exame, hipótese em que o precedente e o caso concreto a ser decidido serão considerados como *casos análogos* e, por conseguinte, em que estará justificada a aplicação do caso precedente como vinculante.[7] Tal raciocínio *analógico*, por sua vez, apóia-se em alguns conceitos essenciais – os conceitos de *holding*, *rationale* e *obiter dictum*.

2.1. Conceitos importantes para o manejo de precedentes. Holding. Rationale. Obiter dictum

De acordo com a doutrina norte-americana, o *holding* constitui *a norma, extraída do caso concreto, que vincula os tribunais inferiores*[8]; *o princípio jurídico que o tribunal estabeleceu para decidir*; a *regra necessária à solução do caso*[9].

6 COLE, Charles D. "*Stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *common law*". Tradução: Maria Cristina Zucchi. *In: RT n. 752*, 1998, p 12.

7 COLE, Charles D. *Op. cit.*, p. 15; SUMMERS, Robert S.. "Precedent in the United States (New York State)". In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study.* England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 387; RE, Edward D. "Stare decisis". Tradução: Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Processo* n. 73, jan./mar. 1994, p. 49.

8 SILVA, Celso de Albuquerque. *Do Efeito Vinculante: sua Legitimação e Aplicação.* Rio de janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 182-183.

9 SUMMERS, Robert S.. "Precedent in the United States (New York State)". In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study. Op. cit.*, p. 383: "The only part of the opinion which can be formally bidding (...) is the 'holding' or 'holdings'. This is the portion of an opinion in which the court rules the issue (or issues) necessary to the decision".

São dificuldades enfrentadas no trabalho com o conceito de *holding*: (a) a definição de *quais são as formulações efetivamente imprescindíveis à decisão*, questão de absoluta relevância, uma vez que justamente tais formulações corresponderão ao enunciado vinculante para as demais cortes; (b) a determinação dos limites do *holding*, se abrangentes ou não da fundamentação; (c) a existência de diversas teorias sobre seu *conteúdo* e a afirmação de diversos métodos para sua *identificação*; (d) a delimitação da regra vinculante de modo mais ou menos amplo[10].

No que concerne à definição das proposições necessárias à decisão, esta dependerá de um exame dos fatos do caso concreto, da fundamentação e do que restou decidido. Em caso de dúvida, recorre-se ao seguinte método: destaca-se a formulação sobre cuja essencialidade se debate e procede-se à inversão de seu significado. Se disto decorrer uma alteração do resultado da decisão, será possível afirmar que tal formulação constitui preceito essencial à solução do caso. Do contrário, configurará mera consideração marginal não necessária à conclusão.

Quanto à dificuldade de determinação dos *limites* e do *conteúdo* do *holding*, vale recorrer à abordagem efetuada por Edward. D. RE para ilustrá-la. De acordo com este autor, a força vinculativa de um precedente se limitaria "ao princípio ou regra indispensável à solução das questões de fato e de direito efetivamente suscitadas e decididas", afirmativa que produz uma idéia restritiva do conteúdo do *holding*, próxima de sua limitação a uma "espécie" de dispositivo da decisão. Entretanto, em outra parte do mesmo trabalho, o autor afirma que apenas "os *fundamentos* da decisão merecem reconhecimento e acatamento com força vinculativa"[11].

Robert S. Summers, por sua vez, observa que, quando o tribunal vinculante foca a maior parte da decisão na discussão acerca de um princípio de direito, a tendência da corte vinculada é de compreender o *holding* como uma aplicação de tal princípio. Se, ao contrário, a decisão se foca em certos fatos peculiares ao caso, é possível que se venha a compreender o *holding* de forma mais restritiva, limitado por tais fatos. Além disso, segundo o autor, a lógica (*the reasoning of the precedent*, nas palavras originais) pode gerar uma extensão do conteúdo do *holding*[12]. Tal variação de

10 Para a compreensão deste último aspecto, deve-se observar que, no direito norte-americano, a delimitação do conteúdo (mais ou menos amplo) do *holding* de um precedente envolve a participação das próprias cortes vinculadas. Isso ocorre porque, uma vez proferida a decisão vinculante, suas primeiras aplicações aos novos casos e, portanto, a extração de sua regra geral obrigatória será efetuada, inicialmente, pelas cortes inferiores, e, apenas posteriormente, submetida ao tribunal vinculante, em caso de recurso. Cf. SUMMERS, Robert S.. "Precedent in the United States (New York State)". In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study. Op. cit.*, p. 384; MARSHALL, Geoffrey. "What is binding in a precedent". In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study. Op. cit.*, p. 512; MALTZ, Earl. Op. cit.

11 RE, Edward D.. *Op. cit.*, p. 49-50.

12 SUMMERS, Robert S.. "Precedent in the United States (New York State)". In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). Interpreting precedents: a comparative study. Op. cit., p. 384.

conteúdo se daria porque o *holding* de um caso se diferenciaria não apenas de sua fundamentação, mas igualmente de qualquer regra geral ou princípio extraível do *holding*. Enquanto o *holding* constituiria uma decisão específica sobre determinada questão, a regra ou o princípio constituiriam uma generalização formulada a partir do *holding*. Tal processo de formulação da regra ou do princípio, por sua vez, poderia gerar regras ou princípios com diversos graus de amplitude/generalidade, conforme: (a) a amplitude da questão em exame; (b) a lógica/fundamentação utilizada para decidi-la; (c) a possibilidade de (maior ou menor) generalização dos fatos pertinentes.[13]

Já Henry Paul Monaghan, após reconhecer a existência de discussão sobre o escopo dos efeitos vinculantes, especialmente no que concerne a abrangerem ou não a fundamentação da decisão judicial, assinala que *a compreensão geral sobre a questão, nos Estados Unidos, se dá no sentido da não abrangência da motivação por tais efeitos*. Entretanto, declarando divergir deste entendimento dominante, o autor defende a adoção da conceituação do *holding* como a regra explícita ou implicitamente tratada pelo juiz como um passo necessário a atingir a decisão, *à luz das razões por ele adotadas*.[14]

No que respeita aos *métodos para identificação* do *holding*, registram-se: (a) o método fático-concreto; e (b) o método abstrato-normativo. Segundo o *método fático-concreto*, o *holding* corresponderia à *regra extraída de um conjunto de fatos*, que poderia ser expressa da seguinte forma: em qualquer situação em que estejam presentes os fatos A e B (relevantes), e presente ou não o fato C (irrelavante), o resultado deverá ser X. Um dos problemas de tal método é justamente *a possibilidade de se entender cada fato em vários níveis de generalidade, pressupondo valorações que dependem da análise da fundamentação da decisão.*[15]

13 SUMMERS, Robert S. "Precedent in the United States (New York State)". In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study. Op. cit.*, p. 386-387.

14 MONAGHAN, Henry Paul. "Stare decisis and constitutional adjudication". *In Columbia Law Review*, vol, 88, 1988.

15 Um bom exemplo sobre a possibilidade de formulação das regras de precedentes de forma mais ou menos genérica é elencado por Celso de Albuquerque Silva (*op. cit.*, p. 217), com base no caso *Donoghue v Stevenson*, em que o demandante sofrera danos em decorrência da presença de uma lesma morta na garrafa opaca de *ginger beer* que havia adquirido. Segundo o autor: "Limitando-nos apenas a estes dois fatos materiais: 1) o agente do dano e 2) o veículo do dano, eles podem ser considerados em si mesmos em vários níveis. Quanto ao agente do dano, o fato pode ser entendido como: lesmas mortas, ou quaisquer lesmas, ou qualquer corpo físico estranho nocivo, ou qualquer elemento estranho físico ou não, ou qualquer elemento nocivo. Quanto ao veículo do dano, ele pode ser entendido como: garrafa de *ginger beer* opaca ou uma garrafa de bebida ou qualquer garrafa de bebida ou qualquer recipiente de mercadorias para consumo humano ou qualquer recipiente de qualquer bem móvel para o uso humano, ou qualquer bem móvel ou qualquer coisa, incluindo terrenos e construções. Como se pode ver desses simples exemplos, a restrição da regra criada judicialmente à conclusão decorrente da escolha dos fatos materiais no caso precedente não é hábil a assegurar a certeza jurídica perseguida pelo método".

Já de acordo com o *método abstrato-normativo*, os tribunais, quando decidem o caso concreto, buscam estabelecer uma regra geral e abstrata que congregue uma classe completa de assuntos, transcendendo os limites do caso concreto e solucionando a lide de um modo mais amplo. Isso porque, se o que se faz agora vinculará o futuro, o tribunal decidirá com base no que é mais adequado para todos os casos que se encontrem dentro de uma apropriada categoria de assimilação. Nesta hipótese, os fundamentos justificantes, ou seja, as razões oferecidas pela Corte Constitucional, constituiriam a regra vinculante e determinariam a generalidade do *holding* do precedente.[16]

O importante, quanto a tais métodos, contudo, não é afirmar uma opção por um ou por outro, mas tentar identificar o que há, em cada um, de eloqüente para o trabalho com precedentes, em especial, para a fixação do conteúdo/limites do *holding*.

Nesse sentido, o *método fático-concreto* demonstra que a realidade fática é profundamente relevante para a determinação do teor vinculante do precedente, enquanto o *método abstrato-normativo* afirma a importância dos fundamentos deduzidos pela corte para tal fim; a partir de um exame crítico de ambos, pode-se concluir que: (a) é essencial que a decisão contenha um relatório preciso sobre os fatos, a fim de que se possam identificar aqueles que o tribunal vinculante considerou relevantes para proferi-la; (b) como os fatos estão sujeitos a valorações, não é possível extrair a regra abstraindo-se dos mesmos ou da compreensão do raciocínio empreendido pelo tribunal no que concerne a tais fatos e ao direito aplicável, razão pela qual, para a identificação da própria norma vinculante e sua aplicação a novos casos, é necessário passar pela fundamentação; (c) as regras extraídas a partir de fatos e do raciocínio empreendido em torno deles podem ser formuladas de modo mais ou menos genérico, ampliando-se ou não o escopo vinculante de um precedente, e, para a modulação de sua amplitude, torna-se novamente essencial o exame dos motivos determinantes da decisão.

Contata-se, assim, que a *rationale*, ou seja, a razão dada pela corte para adotar a norma que decide a lide[17], é essencial para a definição da própria norma e para a delimitação de sua generalidade. Assim, não é possível determinar a regra vinculante sem recorrer à fundamentação do julgado.[18]

Tal conclusão, aliás, se alinha com as novas concepções da hermenêutica contemporânea, que afirmam que o processo de compreensão de um enunciado (ou de um julgado) é *circular*[19], desenvolvendo-se através de um raciocínio que se movi-

16 SILVA, Celso de Albuquerque. *Op. cit.*, p. 213-215.

17 SILVA, Celso de Albuquerque. *Op. cit.*, p. 186.

18 MALTZ, Earl. *Op. cit.*, salienta, inclusive, que a *rationale* assume especial importância na hipótese em que se pretende estender/ampliar a regra originalmente formulada em um precedente, ressalvando, contudo, que *"however much weight such rationales are to be given in the judicial making process, only doctrine itself is formally protected by the concept of stare decisis"*.

19 Por *processo circular de compreensão* se tem a afirmação de que o processo de apreensão do conteúdo de uma norma se dá por meio de uma interação dialética entre o todo e a parte, de maneira

menta da parte para o todo e de volta à parte, como forma de apreensão de seu conteúdo. Portanto, de um raciocínio que se movimenta da norma para o fato e de volta para a norma; da decisão para os fatos e para a fundamentação e de volta à decisão; do dispositivo para o relatório, para a motivação e de volta ao dispositivo. Tanto assim que, aos nos confrontarmos com uma decisão judicial, não nos atemos a ler apenas o seu dispositivo, sendo necessário examinar seus motivos determinantes e a moldura fática do caso concreto para a plena apreensão de seu conteúdo.

Assim, pode-se concluir que há uma fundamentação mínima, que constitui a lógica da decisão e que orienta a conformação da própria regra a ser extraída do precedente. Há, igualmente, um background fático mínimo que delimita o holding, tanto assim que, se profundamente alterado, chegar-se-á, conforme o caso, à afirmação de inaplicabilidade do precedente, seja por se tratar de hipótese de distinguish[20] *em razão de diferenças e peculiaridades fáticas, seja por sua efetiva não incidência à situação concreta porque muito diversa.*

Reconhecido o papel relevante dos fundamentos na identificação da regra vinculante, por um lado, bem como a dificuldade de delimitar a amplitude de tal papel, por outro, torna-se interessante indagar, em termos metodológicos, se há alguma parte da motivação que poderia ser excluída dos efeitos vinculantes. Aqui entra a importância de um terceiro conceito, o de *obiter dictum.*

Constitui *obiter dictum* qualquer manifestação do Tribunal *não necessária à solução do caso concreto*, a exemplo de *considerações marginais* efetuadas pela corte, argumentos lançados por um dos membros do colegiado e não acolhidos ou apreciados pelo órgão, dissensos constantes de votos divergentes.

Tais manifestações não estão sujeitas à vinculação justamente porque a idéia do *judge made law* se centra na extração indutiva da regra vinculante a partir do caso concreto, e, *se determinadas considerações constantes de uma decisão não são necessárias à solução da demanda, as mesmas não derivam do caso concreto*, mas

que a parte só se compreende mediante recurso ao todo, e este mediante retorno à parte. O significado de uma palavra só é adequadamente apreendido se considerada toda a frase, e o sentido da frase como um todo depende das palavras (CARMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito.* Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, p. 53). Pelo mesmo raciocínio, a norma somente se enuncia em interação com o fato. Esta última idéia, por sua vez, conduz à noção de *hermenêutica concretizadora.* Quanto ao *método da hermenêutica concretizadora*, esclarece Daniel Sarmento (*A Ponderação de Interesses na Constituição.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª ed., 2003, p. 133-135) que: "Tal método vislumbra a interpretação como um processo criativo, no qual o sentido da norma interpretada só pode ser obtido em face do problema concreto sobre o qual ela incide, pois, segundo Hesse, *no existe interpretación desvinculada de los problemas concretos.* A concretização da norma constitucional pressupõe sua pré-compreensão, que consiste na formulação de uma idéia antecipada sobre o seu conteúdo e limites, de modo abstrato. A partir da pré-compreensão, o intérprete aproxima-se do caso concreto, através de uma atuação tópica, orientada ao problema, mas limitada pela norma. Não se trata, porém, de um processo composto por duas fases sucessivas, onde primeiro se alcance o sentido da norma para só depois aplicá-la à hipótese concreta, e sim de um procedimento unitário, coeso e 'circular'".

20 A noção de *distinguish* será tratada mais adiante, no item 2.2.

de formulações hipotéticas, cujas especificidades, no plano abstrato, o Judiciário não teria como ponderar, não lhe competindo tal atribuição; cabendo-lhe apenas decidir lides. O *obiter dictum* poderá, contudo, ter alguma *eficácia persuasiva*[21], conforme o caso.

Por fim, uma última palavra merece ser dita sobre a idéia de *ratio decidendi*. Esta expressão, assim como o próprio conceito de *holding*, não é unívoca, sendo utilizada, em algumas oportunidades, como sinônimo de *holding*[22], e, em outras, como correspondente à fundamentação da decisão, à *razão de decidir* (mesmo porque, para alguns, o *holding* abrange a razão de decidir). Diante da dificuldade terminológica, evitar-se-á utilizar a expressão neste trabalho. Quando e se utilizada, contudo, dar-se-á preferência a atribuir-lhe o significado de fundamentação, pois este parece ser o sentido que vem sendo predominantemente reconhecido à mesma no Brasil, seja pela jurisprudência, seja pela doutrina[23].

Esclarecidos tais pontos, em uma tentativa de síntese, pode-se afirmar que: (a) o *holding*, regra geral decorrente da decisão proferida no precedente e necessária à solução da demanda, é a parte da decisão à qual se atribuem efeitos vinculantes; (b) a identificação de tal regra depende de uma compreensão dos fatos considerados relevantes pelo tribunal vinculante, ou seja, dos *material facts*, e dos fundamentos, *rationale*, da decisão, razão pela qual alguns entendem que os próprios motivos necessários à solução do caso integram o *holding* e, portanto, também vinculam; (c) em verdade, nota-se que a fragmentação radical das partes de um julgado é artificial e não possibilita uma abordagem adequada do problema do conteúdo vinculante, sendo possível afirmar que há uma interação entre os elementos da decisão, resultando de tal interação, em especial com a fundamentação, a extração da regra vinculante; (d) reconhecida a importância da *rationale* para identificação/conformação do *holding*, debate-se acerca de seus efeitos vinculantes, bem como da generalidade com que se virá a formular a regra emergente do precedente, a partir de sua compreensão; (e) *obiter dictum* ou considerações marginais, não necessárias à decisão, não possuem eficácia vinculante, podendo, contudo, possuir eficácia persuasiva, conforme o caso.

2.2. Distinguish

Outra noção importante e relacionada aos conceitos explicitados acima é o conceito de *distinguish(ing)*. O *distinguish* constitui uma exceção à regra geral.

21 SUMMERS, Robert S.. "Precedent in the United States (New York State)". In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). Interpreting precedents: a comparative study. Op. cit., p. 385.

22 Cf. SILVA, Celso de Albuquerque. *Op. cit.*, p. 182-184.

23 Cf. Rcl nº 1.987-0-DF, STF, Pleno, Min. Rel. Maurício Correa, DJ de 21-05-04, p. 33; GRECO, Leonardo. "Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança". *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 10, p. 44-54, jan. 2004.

Corresponde à não aplicação de um precedente, a despeito de o caso concreto incluir-se no âmbito normativo de seu *holding*, basicamente ao argumento de que os fatos relevantes (*material facts*) ou a lógica da decisão, de sua fundamentação (*substantive rationale*), não são aplicáveis aos fatos específicos do caso a ser decidido, por suas peculiaridades.

Constituem hipóteses de *distinguish*, exemplificativamente[24]: (a) *o conflito com normas derivadas de outros precedentes vinculantes*, ensejando limitação da aplicação do precedente anterior; (b) *a existência de regra vinculante baseada em claro e inadvertido erro*, ensejando limitação da aplicação do precedente anterior (desde que, segundo Celso de Albuquerque Silva, para tal baste a mera redução do âmbito de incidência do precedente e que tal erro seja objetivamente aferível, a exemplo de uma situação de fato considerada relevante pela própria corte superior, mas a respeito da qual esta deixou de ponderar)[25]; (c) *o reconhecimento de situações que a corte vinculante claramente não queria abranger* quando fixou a regra, igualmente ensejando limitação da aplicação do precedente anterior; (d) *a constatação da existência, no caso a ser decidido, de peculiaridades fáticas* que justificam um tratamento diferenciado do problema.

As hipóteses de *distinguish* indicadas acima reafirmam a importância do confronto das especificidades da causa que ensejou a regra vinculante com as especificidades fáticas da demanda concreta em exame, bem como da fundamentação deduzida pelo tribunal vinculante, para a decisão sobre identificação ou distinção entre casos, para fins de aplicação ou não da regra vinculante anteriormente formulada.

Demonstram, ainda, que o raciocínio empreendido com base nos precedentes, embora marcadamente *analógico*, não difere muito daquele utilizado na interpretação de normas em geral, especialmente no que respeita à análise *sistemática, teleológica* e *ponderativa* da norma vinculante na solução de antinomias. Fica claro, ademais, pelo acima exposto e pelo que se deduzirá adiante, que a operação com precedentes compatibiliza-se perfeitamente com a hermenêutica contemporânea, com as idéias de *topoi*[26],

24 SILVA, Celso de Albuquerque. *Op. cit.*, p. 247-258.

25 SILVA, Celso de Albuquerque. *Op. cit.*, p. 250-252.

26 "Na tópica, o pensamento jurídico é essencialmente problemático. Enquanto no modo de pensar sistemático parte-se do sistema para dele deduzir a solução para o caso, na tópica o ponto de partida é o problema. Inverte-se, portanto, a perspectiva de aplicação do direito, cuja ênfase passa a recair na indução e não mais na dedução. A partir do caso concreto o operador do direito deve buscar a solução mais justa, através de um procedimento circular, por intermédio do qual são testados diversos *topoi* (pontos de vista), para verificar qual deles acena com a melhor resposta para o problema a ser enfrentado. (...). O conceito de *topoi* é fundamental para a compreensão da tópica. Os *topoi* configuram lugares comuns na argumentação discursiva, que não vinculam o juiz, mas apenas apresentam-lhe alternativas possíveis para a solução de determinado problema. (...). A decisão, na tópica, resulta de um confronto dialético entre os diversos *topoi* pertinentes ao caso, devendo prevalecer aquele que contribuir para a construção da solução mais justa" (SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª ed., 2003, p. 128-129). "O método do direito é, portanto, um método tópico-hermenêutico. Cada situação deve ser compreendida em função do problema que apresenta e da tradição histórica na qual se insere.

argumentação[27], concretização[28], sistema aberto[29] e compreensão circular[30].

Por outro lado, se a operação com precedentes vinculantes suscita questões hermenêuticas semelhantes àquelas relacionadas à interpretação das normas em geral, e tais efeitos vinculantes foram criados, em nosso direito, justamente a fim de reduzir as controvérsias em torno da interpretação e aplicação de normas jurídicas, há em tal constatação um certo paradoxo. As súmulas, criadas para garantir maior previsibilidade e segurança, como as normas em geral, estarão sujeitas igualmente a interpretação e a controvérsias. Assim, em lugar de reduzirem incertezas, podem passar a fontes geradoras de ambigüidades.

2.3. *Overruling e Overriding*

Por fim, são importantes as noções de *overruling* e *overriding*, correspondendo a primeira à revogação total de um precedente e a segunda a sua revogação parcial. O trabalho com tais idéias e com a decisão sobre a revogação ou não de precedentes se centra, no cotejo do acerto, desacerto, inconveniência ou obsolescência do precedente que se pretende revogar, portanto, de sua *(in)congruência social* e/ou de sua *(in)consistência sistêmica*[31], justamente com os dois valores principais que justificam a adoção de precedentes com efeitos vinculantes: (a) *segurança jurídica*/proteção da confiança dos cidadãos; e (b) *isonomia*.[32]

Isso porque, estabelecido um precedente, os jurisdicionados tomam diversas decisões (por exemplo, econômicas), com base no entendimento nele expressado,

Mas o seu instrumental é argumentativo" (CARMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito.* 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, p. 22).

27 Argumentação é "a técnica que visa ao acordo sobre a escolha do significado que pareça mais adequado às partes discursivas" (CARMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Op. cit.*, p. 21-22). Segundo Daniel Sarmento (*op. cit.*, p. 125): "no campo das relações humanas, as discussões dão-se em torno de argumentos, prevalecendo aquele que tiver maiores condições de convencer os interlocutores. Não há verdades apodíticas, mas escolhas razoáveis, que são aquelas que podem ser racionalmente justificadas".

28 De acordo com CARMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Op. cit.*, p. 44-45: "Na realidade, não se trata de subsumir um fato a uma idéia geral, porque, a nosso ver, a idéia da norma já nasce, para o intérprete, concreta; e concreta, justamente, porque adstrita ao fato que se compreende. (...) Essas considerações sustentam nossa hipótese de admitir o direito como concretização. A norma só ganha significado quando assume uma posição concreta, ou melhor, quando se revela realmente".

29 Segundo CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 281: o sistema é aberto tanto no seu aspecto científico, quanto no que concerne a seu aspecto objetivo. "A propósito do primeiro, a abertura significa a incompleitude do conhecimento científico, e a propósito do último, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais".

30 Conceito já esclarecido acima (nota de rodapé nº 19).

31 ALEXANDER, Larry. "Constrained by Precedent". In: University of Southern California Law Review, 1989.

32 *Idem ibidem.*

de modo que sua alteração pode gerar sérias repercussões e um grave sentimento de incerteza. Além disso, a modificação de um entendimento implica em conferir tratamento diferenciado e, por conseguinte, desigual, àqueles que ajuizarão suas demandas após tal evento, efeitos que o sistema de precedentes vinculantes não pode evitar, mas que, em certa medida, objetiva mitigar. Por tal razão, a superação de precedentes sempre levará em conta tais valores de segurança e isonomia, ponderando-os com aqueles que militam em favor da mudança.

Nessa linha, elencam-se, exemplificativamente, como razões que autorizam ou justificam o *overruling*[33]: (a) a *desfiguração do precedente por distinções arbitrárias*, efetuadas pelos juízes vinculados como uma forma de insubordinação tácita/velada contra a aplicação de um precedente (normalmente por perceberem o precedente como injusto ou incorreto); (b) *precedentes inexeqüíveis na prática porque a regra não é capaz de oferecer uma orientação segura*, a exemplo do que ocorre caso se utilizem na formulação da regra vinculante conceitos vagos sem o estabelecimento de pautas suficientes à sua determinação; (c) a *compreensão atual do precedente como injusto/incorreto*, inclusive em virtude de alterações culturais, políticas, sociais, econômicas ou tecnológicas[34]; (d) a *superveniência de lei* em sentido contrário;[35] (e) uma *alteração da "filosofia jurídica" da corte vinculante*[36].

Nas duas primeiras hipóteses indicadas acima, seriam dificilmente invocáveis razões de segurança jurídica ou de isonomia contra a superação do precedente. Ao contrário, possivelmente tais valores se veriam mais resguardados pela revogação do antigo precedente inconsistente e pela formulação de um novo precedente.

No terceiro e no quinto casos especialmente, tais razões de proteção à segurança e à isonomia, se efetivamente presentes, deveriam ser *ponderadas*[37] com aquelas outras razões que militam em prol da modificação do precedente, decidindo-se, caso a caso, à luz dos resultados da ponderação, sobre proceder ou não a sua superação.

33 SILVA, Celso de Albuquerque. *Op. cit.*, p. 262-284.

34 SUMMERS, Robert S.. "Precedent in the United States (New York State)". In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study. Op. cit.*, p. 374.

35 Cf. SILVA, Celso de Albuquerque. *Op. cit*, p. 266-284; SUMMERS, Robert S. "Precedent in the United States (New York State)". In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study. Op. cit.*, p. 396; SUMMERS, Robert S.. "Departures from precedents". In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study. Op. cit.*, p. 525.

36 *Cf. COLE, Charles D.. Op. cit.*, p. 18.

37 A *ponderação de valores (de bens, de interesses)* constitui mecanismo de solução de antinomias, pelo qual se busca otimizar a eficácia dos bens em conflito, estabelecendo uma relação de primazia entre cada um, à luz do caso concreto, de forma a possibilitar o "convívio entre valores e princípios antagônicos e, assim, preservando a base material pluralista sobre a qual repousa a ordem constitucional" (SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 139-140); Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 218-246; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 95-96.

Nas hipóteses, contudo, em que razões de segurança jurídica e/ou de isonomia desaconselham a revogação do precedente, há possibilidade de recurso a *formas intermediárias de decisão*, como técnica que possibilita otimizar a eficácia de todos os valores em tensão e impor sacrifício mínimo a cada um.

Uma forma de *decisão intermediária*, no sentido mencionado acima, é o *prospective overruling*, pela qual, a despeito da aplicação do precedente antigo ao caso concreto que ensejou sua superação, acrescenta-se à decisão a informação de que, para os eventos ocorridos a partir de então ou de determinada data fixada na própria decisão, o precedente antigo não mais será aplicado, considerando-se superado[38].

Outra modalidade de decisão intermediária consiste na técnica do *signaling*, em que o tribunal vinculante, ao apreciar determinado caso concreto, aplica-lhe o precedente antigo, mas informa, sinaliza à comunidade jurídica a intenção de alterá-lo, o que afasta, a partir do aviso, a justificada confiança em sua aplicação, abrindo caminho para sua superação.

Nota-se, assim, que a idéia de vinculação a precedentes somente implicará na petrificação do direito em caso de um equivocado manejo do instituto, porque há diversos instrumentos que possibilitam o desenvolvimento de distinções e a revogação de precedentes, ferramentas que podem, inclusive, impulsionar um trabalho mais criativo da jurisprudência com base em fatos e na argumentação principiológica desenvolvida a partir dos mesmos .[39]

2.4. Outros aspectos relevantes para o trabalho com precedentes. Relatório e fundamentação das decisões. Educação dos advogados e dos magistrados. Tecnologias

Diante do acima exposto, pode-se constatar a importância para o trabalho com precedentes: (a) da produção de um relatório detalhado sobre os fatos relevantes para a decisão; (b) de uma ampla e transparente fundamentação dos julgados, estes dois primeiros, requisitos essenciais à adequada extração da regra vinculante; (c) da divulgação adequada e célere das decisões judiciais; (d) de sua sistematização/organização por assuntos, a fim de facilitar a pesquisa; (e) do desenvolvimento de técnicas de argumentação e do treinamento dos profissionais no raciocínio analógico acima referido.

38 Vale ressalvar a existência de diversas discussões em torno da idéia de *prospective overruling*, que vão desde a controvérsia sobre a aplicação do precedente antigo ao caso concreto que possibilitou sua própria superação, até questionamentos sobre os efeitos vinculantes da decisão que afirma a superação do precedente a partir de determinada data, sob o fundamento de não se tratar tal manifestação de aspecto necessário à formulação da decisão no caso concreto e, por conseguinte, de não compor o *holding*. Sobre o assunto, cf. SILVA, Celso de Albuquerque. *Op. cit.*, p. 284-295.

39 Como salienta COLE, Charles D. *Op. cit.*, p. 21: "Precedente vinculante nos Estados Unidos não significa, porém, que o precedente de um caso esteja escrito em pedra". No mesmo sentido, MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. "Further General Reflections and Conclusions". In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study. Op. cit.*, p. 532.

Tais elementos já bastam para identificar alguns desafios que se enfrentará no Brasil e demonstram que a introdução ou fortalecimento da idéia de precedente vinculante em um sistema jurídico afeta a prática do direito como um todo, o método de ensino jurídico e as tecnologias necessárias a conferir suporte a tal idéia.

Assim, torna-se necessário treinar os estudantes na análise de casos, o que, segundo Charles D. Cole, demandaria um formato participativo de aulas, sendo inadequado o modelo meramente expositivo. Torna-se necessário, ainda, preparar os advogados e magistrados para operar com tais precedentes, e criar, para os últimos, inclusive, condições adequadas e mesmo uma cultura de expor, de forma mais detalhada e ampla, os fatos e fundamentos de suas decisões. Demanda-se, por fim, um sistema de publicação e de pesquisa de julgados rápido e organizado.[40]

Em uma análise das diferenças entre os sistemas de *common law* e de *civil law* no que concerne à metodologia de trabalho com precedentes, Neil MacCormick e Robert S. Summers identificaram, dentre outros, os seguintes pontos de distinção quanto ao manejo de precedentes em países do *civil law*[41]: (a) publicação das decisões, com escasso detalhamento dos fatos e da fundamentação; (b) ausência de análise detalhada do precedente a ser aplicado e do caso concreto à luz dos *material facts*; (c) não diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*; (d) não desenvolvimento de uma metodologia de distinção entre precedentes já fixados e novos casos trazidos a julgamento; (e) insuficiência de um único precedente para gerar vinculação, sendo necessária a *line of precedentes*; (f) superação ou distinção de precedentes sem sequer mencionar o fato ou fundamentá-lo.[42]

Fixados tais pontos e sem compromisso de uma abordagem de todos eles, passa-se, a seguir, a analisar como se vem lidando com a idéia de vinculação a precedentes, no direito brasileiro, a partir de três aspectos: (a) a metodologia empregada para identificação da regra vinculante produzida pelo precedente; (b) a operação com a idéia de *distinguishing*; (c) o trabalho com a noção de *overruling*.

3. O manejo de precedentes no direito brasileiro

3.1. Regra vinculante

No sistema brasileiro, a idéia de vinculação a precedentes suscita questionamentos sobre sua compatibilidade com o princípio da separação dos poderes, uma

40 COLE, Charles D. *Op. cit.*, p. 20-21.

41 MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. "Further General Reflections and Conclusions". In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). Interpreting precedents: a comparative study. Op. cit., p. 536-539 e p. 546-549.

42 É importante observar, contudo, que a obra em questão se propôs a examinar a forma como os países do *civil law* lidam com precedentes judiciais em geral, *e não estritamente com precedentes vinculantes*, a fim de confrontá-la com o modo de operar precedentes dos países do *common law*.

vez que, argumenta-se, importaria no reconhecimento de atribuição normativa à corte vinculante, portanto, ao Judiciário.

Sem adentrar aqui na discussão sobre a compatibilidade (ou não) da vinculação a precedentes, ou especificamente das súmulas vinculantes, com o princípio da separação dos poderes, e pressupondo-se mesmo tal compatibilidade, uma coisa é certa: o exercício do poder vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, fora das hipóteses em que constitucionalmente autorizado, de forma explícita ou implícita, a tal, importaria violação à Constituição.

Assim, as súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal deverão, necessariamente, nos termos da Emenda 45/04, decorrer de suas *reiteradas decisões* sobre matéria constitucional. Deverão, ainda, versar sobre validade, interpretação ou eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia *atual* que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos.[43]

Em síntese, os julgados que derem origem à súmula terão efetivamente de ter examinado e decidido a questão jurídica correspondente à proposição vinculante, sob pena de não decorrer a súmula de *reiteradas decisões* sobre a matéria, representando, por conseguinte, um exercício inconstitucional e ilegítimo de poder vinculante.

Sobre o tema já manifestara Leonardo Greco que: *"a súmula, cujo enunciado não corresponder rigorosamente às rationes decidendi dos precedentes de que decorreu a sua formulação, constitui um verdadeiro abuso de poder do tribunal que a edita e não pode ser imposta como critério de uniformização de jurisprudência (...), sob pena de se dar força normativa a uma simples decisão administrativa de um tribunal superior"*[44].

Nota-se, deste modo, que as idéias de *holding* (regra necessária à decisão do caso), *obiter dictum* (considerações marginais desnecessárias à solução do caso), *rationale* (lógica da decisão) e *material facts* (fatos relevantes para a solução do caso), bem como as discussões acima sobre limites e conteúdo do *holding* e o grau de generalidade na formulação da norma vinculante, constituem ferramentas impor-

43 É a seguinte a redação da Emenda Constitucional nº 45/04: ". O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

44 GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 3.

tantes para um exame crítico a respeito do exercício do poder de sumular pelo Supremo Tribunal Federal e, por conseguinte, para seu controle. Obviamente, tais idéias, oriundas de ordenamentos diversos, não trazem respostas e soluções absolutas, mesmo porque, como visto acima, não encontram respostas unívocas nem mesmo em seu sistema original. Auxiliam, contudo, o raciocínio na matéria, tão embrionário ainda no sistema brasileiro.

Neste passo, torna-se interessante apurar a compatibilidade entre algumas súmulas editadas pelo STF (anteriores à Emenda 45/04) e os acórdãos que lhes serviram de paradigma.

Em trabalho que teve por objeto justamente a idéia acima, Leonardo Greco se propôs a examinar as Súmulas nº 622, 625 e 626 editadas pelo Supremo Tribunal Federal, valendo efetuar aqui um resumo a respeito de suas conclusões.

Em breve síntese, concluiu o Professor, no que concerne à Súmula 622[45], que esta: (a) já nasceu *obsoleta*, contrariando tendência oposta da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e refletindo interpretação anacrônica do art. 19 da Lei do Mandado de Segurança, assentada pelo Supremo Tribunal *nos primórdios do instituto*, quando ainda se duvidava que fosse uma ação, fato que ensejou a inaplicação ao mesmo de diversas disposições do Código de Processo Civil (dentre as quais, inclusive, os honorários de sucumbência e os embargos infringentes); (b) não indica como paradigma um único acórdão proferido *há menos de quatro anos*, circunstância que levaria a crer, erroneamente, que alguns dos Ministros mais novos não se teriam pronunciado sobre a questão, quando consulta ao portal do Tribunal na internet aponta para uma decisão no mesmo sentido daquela correspondente à da súmula, proferida em 29-05-03, demonstrando, portanto, sua *falha remissiva*; (c) versa sobre *aplicação de lei federal*, a respeito da qual a última palavra compete ao Superior Tribunal de Justiça, não ao Supremo Tribunal Federal.

Quanto à Súmula 625[46], STF, salientou Greco que: (a) baseou-se ela em quatro julgados dos quais três foram proferidos há *mais de doze anos*; (b) no julgado menos antigo no qual se baseou, mesmo assim proferido há mais de quatro anos, *o ponto que é objeto da súmula sequer chegou a ser apreciado*, uma vez que o recurso extraordinário não foi conhecido; (c) no terceiro julgado apontado como paradigma, *a doutrina adotada pela súmula foi abordada como mera consideração marginal* (*obiter dictum*), não constituindo objeto da *ratio decidendi*; (d) nos dois primeiros acórdãos citados como paradigma, o voto mais significativo não aduziu qualquer argumentação de nível constitucional; (e) o teor exato do enunciado da súmula não se encontra, de forma expressa, em nenhum dos acórdãos referidos; ao contrário, os quatro julgados afirmavam que direito líquido e certo corresponde à exigência de comprovação documental dos pressupostos fáticos do direito do impetrante; nenhum dos julgados discutia sobre a possibilidade de concessão de mandado de segurança

45 "Não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança".

46 "Controvérsia sobre matéria de direito não impede a concessão de mandado de segurança".

em caso de controvérsia sobre matéria de direito, tal qual versado pela súmula, concluindo o autor que: "a súmula *diz mais do que deveria dizer*, do ponto de vista estritamente jurídico, mas *nada do que tenha dito qualquer dos acórdãos* referidos".

Por fim, no que concerne à Súmula 626, STF[47], abstraindo-se de seu mérito, do qual discorda por razões alheias às questões ora tratadas, observou que: (a) todos os acórdãos apontados como referência foram proferidos *há mais de cinco anos*; (b) o voto de desempate proferido no *leading case* foi acompanhado por outros cinco Ministros, dos quais quatro já deixaram o Tribunal; (c) dos seis julgados paradigma, dois são imprestáveis para sustentar o verbete aprovado, dois se referem a suspensão de execução de sentença em mandado de segurança, enquanto o enunciado da súmula se refere a suspensão de liminar, e um terceiro se refere à questão apenas a título de *obiter dictum*; (d) a súmula não corresponde a interpretação da Constituição, mas de norma infraconstitucional.

Em conclusão, afirmou Greco:

> *"A sucinta análise dá uma pequena amostra, resultante do exame de apenas 3%, das inúmeras deficiências na elaboração das novas súmulas pelo Supremo Tribunal Federal; assinala a esdrúxula autonomia que os seus enunciados adotam em relação aos precedentes em que se basearam, tornando-se verdadeiras normas genéricas e abstratas semelhantes às emanadas do Poder Legislativo; evidenciam que o mecanismo continua a ser manipulado de forma absolutamente autoritária, dissociada de qualquer critério que valorize a função da jurisprudência como instrumento de equilíbrio na evolução gradual da ordem jurídica; mostram que é preciso distinguir, quanto à eficácia, as súmulas que decorrem do exercício da missão do STF como guardião da Constituição, daquelas em que o Tribunal decide como qualquer outro órgão jurisdicional, (...); revelam que, em muitos casos, ao contrário de pacificarem divergências existentes, as novas súmulas vão estimulá-las, suscitando jurisprudência sobre a jurisprudência; e, o que parece mais grave e preocupante, indicam a falta de legitimidade de imposição de doutrinas fundadas em julgamentos proferidos por composição totalmente ultrapassada do próprio Tribunal, a que os novos ministros não deveriam estar dando o seu endosso sem revelarem publicamente, em votos proferidos em causas judiciais, porque aderem às orientações cuja cristalização referendam e que, na verdade, estão sendo impostas à sociedade com base em decisões pretéritas mal costuradas, em cuja elaboração não tiveram eles qualquer influência"*[48].

47 "A suspensão liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração".

48 *GRECO, Leonardo. Op. cit.*, p. 9.

Assim, verificam-se diversas inconsistências no trabalho do STF, no que diz respeito à elaboração de súmulas anteriormente à Emenda 45/04. Curiosamente, algumas de tais inconsistências foram retratadas por Neil MacCormick e Robert S. Summers no estudo comparativo já mencionado no *item 2.4.*[49] como recorrentes na jurisprudência de países que adotam o direito estatutário, o que indica constituírem, de algum modo, um traço comum ligado à própria cultura dos países do *civil law* no manejo de precedentes.[50]

De todo modo, é importante observar que as súmulas antes examinadas foram editadas como proposições que sintetizam entendimentos da jurisprudência dominante do STF com finalidade eminentemente orientadora e eficácia persuasiva, sendo anteriores à Emenda nº 45/04, e que tal situação guarda marcantes diferenças e naturalmente enseja ponderações diversas daquelas suscitadas pela emissão de súmulas com caráter vinculante.[51]

Já no que se refere à extração de regra vinculante no âmbito da jurisdição constitucional concentrada, a discussão é um pouco diversa. Isso porque, nesta sede, a definição da regra vinculante é efetuada, inicialmente, pelo juiz vinculado, quando invocado perante ele o precedente do STF, sujeitando-se tal atividade do magistrado à correção pela Corte Constitucional (ao passo que, no caso da súmula, como já demonstrado, o próprio Supremo Tribunal fixa, de início, a proposição que entende emergir de suas decisões, através da edição de um enunciado-síntese).

No controle concentrado, as discussões se centram, hoje, no alcance objetivo dos efeitos vinculantes, debatendo-se, basicamente, se estes se restringem ao dispositivo da decisão ou se se estendem a seus motivos determinantes, fenômeno este designado *eficácia transcendente da fundamentação*.[52]

Embora inaugurada em momento um pouco anterior, essa discussão foi enfrentada pela primeira vez de forma mais explícita no ano de 2003, através da Reclamação nº 1.987-0-DF, que, apesar de não ter sido o primeiro caso sobre o assunto, é considerado o *leading case* a seu respeito, por ter ensejado um amplo e até acalorado

49 MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. "Further General Reflections and Conclusions". In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study. Op. cit.*, p. 536-539 e p. 546-549.

50 Entretanto, vale reiterar aqui a ressalva já efetuada anteriormente, no sentido de que o estudo comparativo em questão procedeu ao exame da forma como países do *civil law* operam com precedentes de um modo geral, *e não exclusivamente com precedentes vinculantes.*

51 Há, no entanto, autores que entendem que mesmo antes da Emenda nº 45/04 as súmulas já eram dotadas de alguma eficácia impositiva. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 51-65; STRECK, Lênio Luiz. "Efeito vinculante: desmi(s)tificações necessárias acerca dos projetos de reforma do Judiciário". *Op. cit.*.

52 Vale observar que o nosso controle concentrado de constitucionalidade, diversamente de nosso controle difuso de matriz norte-americana, foi inspirado pelo modelo europeu, e que a idéia de eficácia transcendente da fundamentação no Brasil inspira-se no direito constitucional alemão. Entretanto, tal fato não infirma a utilidade dos conceitos já apresentados, mesmo porque a discussão sobre a eficácia transcendente encontra correspondência com as discussões travadas no âmbito do *common law* sobre o conteúdo e limite do *holding*.

debate sobre o tema entre os Ministros que participaram do julgamento. Em sua ementa, restou consignado que:

> *"Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional".*[53]

Neste caso, examinava-se a seguinte situação. A Instrução Normativa nº 11/97 do Tribunal Superior do Trabalho equiparara as situações de não inclusão do débito no orçamento e a de pagamento inidôneo (a menor ou realizado fora do prazo) de precatório à hipótese de preterição de direito de preferência, em que a Constituição admite o seqüestro de verbas públicas necessárias à quitação da dívida. Tal equiparação efetuada pela Justiça do Trabalho tinha por objetivo possibilitar o seqüestro de verbas públicas para o pagamento de dívidas trabalhistas também nos dois primeiros casos, para os quais não havia previsão Constitucional de tal medida.

Através da ADIN nº 1.662, proposta pelo Governador do Estado de São Paulo em 1997, foi requerida e declarada pelo STF a inconstitucionalidade da mencionada Instrução. No ano de 2000, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº 30, alterando algumas regras concernentes a precatórios, nada modificando, porém, quanto ao ponto em questão. Entretanto, a pretexto de embasar-se, então, na nova redação da Carta conferida pela mencionada Emenda nº 30, a Juíza Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região determinou o seqüestro de determinada importância para pagamento de um precatório em hipótese diversa daquela de preterição do direito de precedência, a qual, conforme *exegese* fixada pela Corte Constitucional na ADIN nº 1.662, era a única em que a Constituição autorizaria o seqüestro de valores.

Diante desse fato e sob a alegação de que a determinação de seqüestro na hipótese violava a decisão proferida na aludida ADIN nº 1.662, embora esta última versasse sobre *ato diverso* (Instrução Normativa nº 11/97), praticado por *ente diverso* (TST) e fundado em *redação anterior da Carta Constitucional*, o Governador do Distrito Federal ajuizou a reclamação.

Em seu exame, o Relator, Ministro Maurício Correa, após invocar outros quatro casos semelhantes em que o STF havia empreendido raciocínio idêntico, defendeu a necessidade de preservar a autoridade da *"exegese constitucional fixada pela Corte"*, de seus *"motivos determinantes"*, e não *"o teor formal apenas da parte dispositiva do acórdão"*, seguindo-se, então, um amplo debate entre os Ministros e, finalmente, a decisão, por maioria, pela qual a reclamação foi *admitida e julgada procedente*, reconhecendo-se que a determinação de seqüestro, no caso, efetivamente violara a autoridade da decisão proferida pelo Supremo na ADIN nº 1.662, e afir-

53 STF, Pleno, Min. Rel. Maurício Correa, DJ de 21-05-04, p. 33, maioria.

mando-se, por conseguinte, a *eficácia vinculante ou transcendente da fundamentação.*

Outros julgados sucederam esse último, sendo de se registrar recente decisão proferida em 11-03-05, na Reclamação nº 2.986, relatada pelo Ministro Celso Mello e divulgada pelo Informativo STF nº 379, sinalizando uma estabilização do entendimento da *maioria* da Corte em tal sentido:

> *"O litígio jurídico-constitucional suscitado em sede de controle abstrato (ADI 2.868/PI), examinado na perspectiva do pleito ora formulado pelo Estado de Sergipe, parece introduzir a possibilidade de discussão, no âmbito deste processo reclamatório, do denominado efeito transcendente dos motivos determinantes da decisão declaratória de constitucionalidade proferida no julgamento plenário da já referida ADI 2.868/PI, Rel. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA. Cabe registrar, neste ponto, por relevante, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame final da Rcl 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORREA, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da "transcendência dos motivos que embasaram a decisão" proferida por esta Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, à própria "ratio decidendi", projetando-se, em conseqüência, para além da parte dispositiva do julgamento, "in abstracto", de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade. Essa visão do fenômeno da transcendência parece refletir a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes do julgado que o Supremo Tribunal Federal venha a proferir em sede de controle abstrato, especialmente quando consubstanciar declaração de inconstitucionalidade, (...)."*[54]

Mais adiante, externou o Ministro Celso Mello as razões que conduziam à conferência de tal eficácia à fundamentação, salientando que a mesma vinha se demonstrando necessária uma vez que seria fundamental *garantir a exegese constitucional* firmada pelo Supremo (e não apenas o dispositivo de suas decisões) para o fim de preservar sua missão de guardião da Constituição e a própria força normativa desta, evitando-se, assim, que se repetissem ao infinito atos idênticos àqueles já repelidos, a pretexto de um entendimento restritivo dos efeitos vinculantes, como se vinha verificando na prática.

> *"Na realidade, essa preocupação, realçada pelo magistério doutrinário, tem em perspectiva um dado de insuperável relevo político-jurídico, con-*

54 Rcl nº 2986, Min. Rel. Celso Mello. Informativo STF nº 379. http: www.stf.gov.br.. Acesso em 11-08-05.

sistente na necessidade de preservar-se, em sua integralidade, a força normativa da Constituição, (...). (...) assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de 'guarda da Constituição' (CF, art. 102, 'caput'), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, como tem sido assinalado, com particular ênfase, pela jurisprudência desta Corte Suprema: '(...) A interpretação do texto constitucional pelo STF deve ser acompanhada pelos demais Tribunais. (...) A não-observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição. (...).' (RE 203.498-AgR/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)."[55]

Com base em tais argumentos, foi deferida liminar na Reclamação, determinando-se a suspensão da eficácia do ato que a ensejou.

Verifica-se, portanto, que, no Brasil, ao menos no que respeita ao controle concentrado, o problema referente ao limite e ao conteúdo da regra vinculante constitui questão submetida a um debate cuidadoso e sua solução está se consolidando com o tempo e tendo por base a experiência prática da Corte Suprema no âmbito da jurisdição concentrada.

Pode-se afirmar, ainda, que hoje se reconhece que *o que possui eficácia vinculante é a exegese constitucional firmada pelo Supremo Tribunal Federal*, e não apenas o dispositivo de sua decisão, sendo necessário recorrer à fundamentação para identificá-la, daí falar-se em *transcendência (sobre a parte dispositiva) dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados.*

Além disso, tendo em vista que esse entendimento resulta da percepção da Corte Constitucional sobre a conformação que deve ser dada aos efeitos vinculantes a fim de que estes possam atender às finalidades para as quais foram criados, é possível que tal critério venha a ser utilizado pelo STF igualmente para a formulação do teor da súmula vinculante, *projetando em suas proposições a exegese consagrada na fundamentação de seus acórdãos paradigmas*, desde que necessária à solução do caso.

Concluída a abordagem no que concerne à extração da regra vinculante no Brasil, passa-se a examinar como vem trabalhando sua jurisprudência com a noção de *distinguish*, ou seja, de distinção entre casos para fins de aplicação (ou não) de uma decisão, afirmada em um precedente, a um novo caso concreto a ser decidido.

3.2. Distinção entre precedente e caso a ser decidido

Como exposto acima, o *distinguishing* corresponde, no direito norte-americano, à atividade intelectual que resultará na não aplicação de um precedente, a despeito de o caso concreto subsumir-se no âmbito normativo de seu *holding*, ao argumento

55 Idem, ibidem.

de que os fatos relevantes (*material facts*) ou a lógica da decisão precedente não lhe são aplicáveis, em virtude de suas peculiaridades.

No caso das súmulas brasileiras, a questão do *distinguish* adquire alguns contornos especiais. É que, nestas, como já observado, a regra vinculante é extraída a partir de diversos paradigmas (espécie de *line of precedentes*) e formulada sem especificar os fatos que a ensejaram, de modo que, para desenvolvimento de uma argumentação consistente no sentido de se efetuar uma *distinção* entre o caso a ser decidido e aqueles que geraram as súmulas, tornar-se-á necessário identificar os fatos relevantes para a decisão de cada acórdão paradigma a que a súmula faz remissão e confrontá-los entre si, de modo a efetivamente traçar um padrão de diferenciação.

De todo modo, sem dúvida alguma, a noção de *distinguish* não é estranha ao sistema brasileiro. Um exemplo de sua aplicação pode ser encontrado na decisão proferida pelo STF na Reclamação nº 1.132-1-RS[56], relevante por demonstrar inclusive *a importância de tal conceito para a articulação entre os sistemas de controle concentrado e de controle difuso de constitucionalidade.*

A mencionada Reclamação fora ajuizada pelo Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul — IPERGS, sob a alegação de que o Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre desrespeitara a autoridade da decisão proferida na ADC nº 4-DF.

A ADC nº 4-DF, por sua vez, tem por objeto a declaração de constitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494/97[57], que vedou o deferimento de qualquer medida de

56 Ag. Reg. na Rcl. nº 1.132-1-RS, Min. Rel. Celso de Mello, decisão de 23-03-00, DJ de 04-04-03, p. 39, unânime.

57 O art. 1º da Lei 9.494/97 tem a seguinte redação: *"Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu §4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992"*. Já os citados dispositivos da Lei 4.348/64 dispõem: *"Art. 5º. Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumentos ou extensão de vantagens. Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença"*; *"Art. 7º. O recurso voluntário ou 'ex officio', interposto de decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo"*. Dispõem, por sua vez, o art. 1º, *caput*, e seu parágrafo 4º, da Lei 5.021/66: *"Art. 1º. O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial. (...). §4º. Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias"*. Estabelecem, por fim, os arts. 1º, 3º e 4º da Lei 8.437/92, que: *"Art. 1º. Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. (...). § 3º. Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação"*; *"Art. 3º. O recurso voluntário ou ex officio, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional,*

antecipação de tutela contra a Fazenda Pública que tivesse por escopo a concessão de aumentos ou a extensão de vantagens, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, o pagamento de vencimentos ou vantagens a servidores, ou o deferimento de tais medidas quando esgotassem, no todo ou em parte, o objeto da ação.

No bojo da ADC nº 4-DF, o Supremo Tribunal Federal, entendendo plausível a constitucionalidade da norma, deferiu liminar (provida de efeitos vinculantes), com o fim de suspender quaisquer decisões de antecipação de tutela *"que tivessem por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 9.494/97"*. Assim, por tal liminar, *proibiu-se o deferimento de qualquer antecipação de tutela contra a Fazenda Pública que envolvesse uma hipótese vedada pelo art. 1º da Lei 9.494/97.*

No caso que ensejou a aludida Reclamação nº 1.132-1-RS, o Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre havia deferido antecipação de tutela contra o IPERGS para o fim de determinar o pagamento de complementação do valor de pensão devida a uma viúva de servidor público. Tratava-se, portanto, de hipótese, ao menos aparentemente, subsumível à vedação constante da liminar proferida na ADC nº4.

Processada a reclamação, a liminar requerida em seus autos (para o fim de suspender a antecipação de tutela contra a qual investia) foi, contudo, indeferida, ao argumento de que o caso específico possuía peculiaridades que o *distinguiam* da *situação de fato genérica* subjacente àquela com base na qual foi proferida a liminar na ADC nº 4, a saber: (a) que, no caso que gerou a reclamação, a referida viúva beneficiada pela antecipação de tutela tinha *oitenta e seis anos* e precisava do valor, correspondente a *verba alimentar*; e (b) que a tese com base na qual pleiteava a complementação de pensão encontrava *suporte em maciça jurisprudência da própria Corte Constitucional.*

Além disso, consignou o Ministro Néri da Silveira em seu voto, a título de "fundamento adicional" (claramente um *obiter dicta*), entendimento no sentido de que a decisão da ADC nº 04 não se aplicaria às hipóteses de *pensões* previdenciárias, por se referir exclusivamente a vantagens a serem pagas a *servidor público* (e não a pensionista de servidor público).

De todo modo, nota-se que o exemplo acima, ao menos no que respeita à fundamentação principal, realmente adotada pela Corte, pode ser enquadrado em duas das hipóteses já elencadas, de forma exemplificativa, como situações em que se reconhece a possibilidade de *distinguish* no direito norte-americano.

Primeiramente, poder-se-ia enquadrar a situação acima como hipótese de *distinguish* fundada na constatação da existência de *peculiaridades fáticas* (idade avan-

terá efeito suspensivo"; "Art. 4º. Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas".

çada da autora e existência de jurisprudência dominante em favor de sua tese) que justificam um tratamento diferenciado ao caso a ser decidido.

Poder-se-ia entender, contudo, que o *distinguish* se justificaria em virtude de um *conflito entre normas*[58], uma vez que incidentes, *contra* a manutenção da antecipação da tutela, a norma decorrente do precedente vinculante, e, portanto, também considerações acerca de aspectos inerentes à *segurança jurídica* e *ao tratamento isonômico* de todos os postulantes diante da mesma questão; e *a favor* da manutenção da antecipação de tutela: (a) o *princípio da dignidade da pessoa humana*, diante da idade avançada da autora da ação e por se tratar de prestação alimentar; (b) o *direito à isonomia*, em sua vertente material, eis que a autora, com oitenta e seis anos, não poderia receber tratamento idêntico aos servidores de um modo geral, aguardando até a decisão de mérito para fruir de um direito que encontrava respaldo inclusive na jurisprudência do STF; (c) o *direito de acesso à justiça* em seu aspecto material, diante da provável demora da lide e da idade avançada da autora, que acabaria por importar denegação da prestação da tutela jurisdicional à mesma em vida.

Para a solução do aludido conflito entre normas, seria possível afirmar que o Supremo Tribunal Federal entendeu que a norma, em regra constitucional, seria inconstitucional naquela situação concreta, por violar o *princípio da dignidade da pessoa humana*, o direito à *isonomia* e/ou o *direito de acesso à justiça*. Poder-se-ia afirmar, também, que o Supremo, para negar a liminar na reclamação, teria, implicitamente, ponderado valores de segurança jurídica, que o levariam à aplicação do precedente, com os demais valores constitucionais em jogo, que o conduziram a sua não aplicação. Neste passo, fica claro que as idéias de *ponderação* e de *razoabilidade* se relacionam instrumentalmente com o mecanismo de *distinguish*, como já assinalado acima.

Além disso, a hipótese acima é eloqüente porque demonstra que peculiaridades de fato impactam inclusive sobre o controle concentrado de constitucionalidade, por exemplo, limitando o escopo vinculante das decisões nele proferidas, controle este que a doutrina afirma se dar em abstrato.

Ilustra, ainda, como a regra emergente de uma decisão vai se construindo e se lapidando aos poucos, por um processo dialético que continua após a sua prolatação, e que envolve a corte vinculante, as cortes vinculadas, as partes e a argumentação por elas desenvolvida, com base nas peculiaridades de cada caso concreto. Assim, em virtude deste circuito contínuo que faz o precedente judicial, começando com sua enunciação na corte vinculante, passando por sua interpretação e aplicação na corte vinculada, e retornando à corte vinculante para controle, o mesmo estará sempre se reelaborando, se reformulando.[59]

58 A possibilidade de enquadramento em duas hipóteses diversas justificadoras de *distinguish* ocorre porque, como reconhecido pela nova hermenêutica, a determinação do conteúdo da norma não se dá sem considerações a respeito das circunstâncias concretas, de modo que situações de fato diversas ensejarão a incidência de normas diversas, que poderão conflitar entre si.

59 É importante observar que o presente exemplo de *distinguish*, baseado na decisão proferida na Reclamação nº 1.132-1-RS, apresentou, posteriormente, uma evolução um tanto surpreendente. Em

3.3. Superação de Precedentes

Por fim, tampouco é estranha ao sistema brasileiro a noção de superação ou de revogação de precedentes. Os pontos nodais para exame da questão aqui são aqueles pertinentes: (a) à fundamentação dos acórdãos que ensejaram tal superação; e (b) à verificação sobre ser ou não familiar ao STF efetuar ponderações entre as vantagens de alteração de precedentes e os prejuízos a serem gerados à segurança jurídica e à isonomia, como ocorre nos países do *common law*.

Quanto à fundamentação, no que concerne às cortes vinculadas, a superação de um precedente, ou melhor, a rejeição de um precedente da corte superior, por parte dos órgãos jurisdicionais inferiores, muitas vezes se faz de forma tácita, simplesmente ignorando-se sua regra, o que, segundo Maccormick e Summers, constitui uma ocorrência comum aos países que adotam o sistema do *civil law*.

Outras vezes, também, tal rejeição se expressa em diferenciações (*distinguish*) inconsistentes, como o caso examinado na Reclamação nº 1.987-0-DF, acima mencionada[60], prática que não se restringe aos países do *civil law*, tanto assim que se reconhece como uma das causas autorizadoras de *overruling*, no sistema norte-americano, a desfiguração da regra vinculante por distinções arbitrárias efetuadas pelas cortes vinculadas.

Entretanto, nota-se, no sistema brasileiro, por parte dos tribunais inferiores, um trabalho mais criterioso com decisões oriundas do exercício de jurisdição constitucional concentrada, possivelmente em virtude dos efeitos vinculantes de que são dotadas.

sessão plenária de 26-11-03, portanto, passados pouco mais de três anos da decisão proferida na mencionada Reclamação, ora em exame, o Supremo Tribunal Federal aprovou sobre o tema a Súmula nº 729, com a seguinte redação: "*A decisão na ação direta de constitucionalidade 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária*". Um exame dos acórdãos aos quais a súmula se remete (Reclamações nº 798-2-PA, 1.015-5-RJ, 1.122-4-RS, 1.014-7-RJ, R1601-3-SE e 1.257-3-RS) revela que esses julgados correspondiam a reclamações em que o Tribunal manteve antecipações de tutela deferidas contra a Fazenda Pública para determinar: (a) a revisão do valor e o pagamento de pensão previdenciária; (b) a cessação de desconto de contribuição previdenciária e a sustação de redução de proventos, ambos concernentes a servidor inativo; e (c) o restabelecimento de benefício previdenciário cortado. Tais acórdãos se baseavam, essencialmente, no argumento de que a vedação de deferimento de antecipação de tutela prevista no art. 1° da Lei 9.494/97 *abrangeria apenas hipóteses em que esta implicasse em pagamento de vantagens e vencimentos a servidores públicos*, em virtude do teor literal da norma. Desses fundamentos emergiu, então, a proposição de que a vedação prevista no aludido art. 1° da Lei 9.494/97 não abrangeria qualquer parcela previdenciária, nem mesmo quando referente a servidores públicos inativos. De todo modo, este resultado final não infirma o valor da Reclamação 1.132-1como exemplo de *distinguish* efetuado pelo Supremo de modo a possibilitar uma adequada articulação entre o controle concentrado e o controle difuso, e corrobora a idéia de que o conteúdo da regra vinculante vai se reformulando, se limitando ou estendendo, aos poucos, mesmo após a prolatação da decisão, como descrito acima.

60 Item 3.1. deste trabalho.

De todo modo, com a instituição do mecanismo da reclamação, inclusive para a hipótese de desrespeito a súmulas vinculantes, em decorrência da Emenda 45/04, é possível que o problema da rejeição de precedentes superiores pelas cortes vinculadas seja atenuado, *embora se deva ressalvar aqui que a mesma é, em certa medida, saudável*, auxiliando a conformação da regra vinculante de forma mais ou menos ampla de acordo com peculiaridades não previstas quando de sua formulação, evidenciando as incongruências e injustiças dos maus precedentes, portanto, criando condições para sua superação, e, de tal forma, *garantindo a não petrificação do direito e a continuidade de seu desenvolvimento.*

No que respeita à superação de precedentes pelo STF, o que se constata é que há, igualmente, um trabalho de fundamentação mais criterioso em sede de controle concentrado. Assim, pode-se afirmar que, atualmente, *o rigor aplicado à fundamentação para superação de precedentes varia na proporção dos efeitos vinculantes destes últimos.*

No que concerne a ponderações entre vantagens de alteração de precedentes e prejuízos à segurança jurídica e à isonomia, não são estranhas ao Supremo reflexões sobre *consequências econômicas ou resultados políticos* decorrentes de suas decisões.[61] Tampouco lhe são estranhas considerações sobre a *limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade como resultado de ponderações com outros bens* e interesses constitucionalmente protegidos, como ocorre, por exemplo, com a preservação de decisões transitadas em julgado, a despeito da posterior declaração, em controle concentrado, da inconstitucionalidade da lei em que se fundaram, de forma a prestigiar o princípio da *segurança jurídica*[62].

Não é, ademais, desconhecida em nosso sistema a técnica de se conferirem efeitos prospectivos às decisões declaratórias de inconstitucionalidade, de modo a mitigar efeitos negativos delas decorrentes, idéia aparentada àquela do *prospective overruling*.

Além disso, como salienta Luís Roberto Barroso, a mencionada técnica, que, hoje, se baseia em norma expressa no artigo 27 da Lei 9.869/99, decorreu, na origem, de construção jurisprudencial pela qual o Supremo *ponderava a norma constitucional violada com as normas constitucionais que protegiam os efeitos produzidos pela lei inconstitucional*, tal como boa-fé, moralidade, irredutibilidade de vencimentos, razoabilidade, mitigando o dogma dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade[63].

61 Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política.* São Paulo: Malheiros, 1994, p. 117-216.

62 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. Op. cit.*, p. 92.

63 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. Op. cit.*, p. 160.

4. Conclusão

O trabalho com precedentes vinculantes demanda o desenvolvimento de uma doutrina específica, que organize as ferramentas necessárias ao empreendimento de um *raciocínio analógico*, pelo qual se efetuará o confronto das peculiaridades do caso antecedente com as peculiaridades do caso em exame, de modo a se decidir pela aplicação (ou não) da regra oriunda do primeiro ao segundo.

No direito comparado, tais ferramentas correspondem às noções de *holding* (regra necessária à solução do caso), *obiter dictum* (considerações marginais não necessárias à solução do caso), *rationale* (lógica da decisão) e *material facts* (fatos considerados relevantes para o julgamento).

De forma bastante simplificada, é possível afirmar que um caso se individualiza por seus *material facts* e pela *substantive reasoning* (fundamentação necessária) que os liga à sua conclusão. É a partir de tais elementos que se extrai a regra vinculante do precedente.

A aplicação de um precedente é afastada quando quer seus fatos, quer sua lógica/fundamentação são muito diversos ou inaplicáveis ao caso a decidir, em virtude das peculiaridades deste último, dando ensejo ao que se denomina *distinguish* (distinção).

Assim, através do *distinguish* e, de forma geral, do trabalho empreendido inclusive pelas cortes vinculadas, a regra vinculante vai sendo reformulada, limitada, estendida, tendo vida própria, constituindo *expressão do papel criativo da jurisprudência na construção do direito.*

A idéia de *compreensão circular* do conteúdo da decisão: da parte para o todo e de volta à parte; do dispositivo da decisão para a fundamentação e o relatório e de volta ao dispositivo; da norma para os fatos e fundamentos e de volta à norma; bem como as idéias de (re)*elaboração da norma à luz de cada caso concreto*, conforme os *fatos*, *argumentos* e *tópicos* trazidos ao debate pela *argumentação* das partes e a *ponderação dos valores envolvidos*, todas, noções da nova hermenêutica e demandas da complexidade que atingiu a sociedade, se ajustam perfeitamente ao trabalho com precedentes vinculantes, que, de nenhum modo, implicam de per si em petrificação do direito.

Ao lado da abertura do sistema de vinculação, constata-se no direito comparado o condicionamento do *overruling* (revogação de uma decisão vinculante) à uma ponderação entre os valores que justificam o abandono do antigo precedente e valores de *segurança*, *previsibilidade* e *isonomia*. De tal ponderação resultará, em algumas hipóteses, a atribuição de efeitos prospectivos à decisão que revoga um precedente, de modo a mitigar as consequências negativas dela decorrentes.

Embora ainda não se encontre, no sistema brasileiro, um tratamento amadurecido e sistematizado sobre o trabalho com precedentes vinculantes, como se dá nos países da *common law*, é possível afirmar que se enfrentam, no Brasil, discussões que guardam correspondência com aquelas verificadas nos referidos países.

Assim, a súmula vinculante, segundo a Emenda n° 45/04, deverá se originar de *decisões reiteradas* do STF sobre controvérsia constitucional atual, ensejando, então,

a indagação sobre a *metodologia adequada à extração de regras vinculantes a partir de decisões judiciais.*

Tal metodologia se faz fundamental ao exercício *legítimo* do poder de sumular pela Corte Constitucional, seja porque as súmulas devem ser fiéis às regras decorrentes dos precedentes que as originaram, sob pena de abuso de poder de sumular, seja porque já se identificam, hoje, diversas inconsistências em súmulas editadas pelo Supremo, quando confrontadas com os julgados que lhes deram origem.

No controle concentrado, por sua vez, a resposta à questão sobre a metodologia adequada à extração de regras vinculantes a partir de decisões judiciais está em processo de estabilização, podendo-se afirmar que, atualmente, a maioria dos Ministros do STF entende que os efeitos vinculantes não se limitam à declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma, mas também alcançam a *exegese constitucional, a lógica da decisão, os fundamentos necessários, ainda que mínimos* (*eficácia transcendente da fundamentação*), de modo que a decisão não vincula apenas quanto à (in)constitucionalidade da norma questionada, mas abrange igualmente outros atos que desrespeitem a mencionada exegese constitucional fixada pela decisão precedente.

Por outro lado, em sede de controle concentrado, meras *considerações marginais* constantes da fundamentação, portanto, os chamados *obiter dictum* não vinculam, muito embora se deva ressalvar que, no controle difuso e na edição de súmulas, a prática constitucional se distancie de tal entendimento, falhando, por vezes, em diferenciar entre as *considerações marginais* e os *fundamentos necessários à decisão.*

Assim, pode-se arriscar conceituar como regra vinculante, no sistema brasileiro, a exegese constitucional necessária à decisão judicial, extraída por um processo de compreensão circular, a partir de seu dispositivo e de seus fundamentos, e limitada pela moldura fática que individualiza o caso.

Pode-se, ainda, arriscar conceituar como considerações marginais toda e qualquer consideração desnecessária à obtenção da conclusão alcançada pela decisão judicial, que, por tal razão, não é dotada de eficácia vinculante.

Quanto à noção de *distinção* entre casos, pela qual, a partir de peculiaridades presentes em um e ausentes em outro se conclui pela não aplicação de um precedente, esta também não é estranha ao direito brasileiro, se efetuando, igualmente, de acordo com os aspectos de fato e de direito suscitados por cada demanda. Essa idéia, no sistema brasileiro, tem uma importante função na *articulação entre o controle concentrado e o controle difuso*, possibilitando o reconhecimento de inconstitucionalidade ou a não aplicação de normas declaradas constitucionais em sede de controle concentrado quando, em sede de controle difuso, se constatar que as mesmas normas, em virtude de peculiaridades do caso, importam violação a valores constitucionais predominantes em concreto.

Assim, arrisca-se conceituar distinção, no caso brasileiro, como a atividade intelectual, baseada em um raciocínio analógico, pela qual se justificará a não aplicação da regra emergente de um precedente a um caso ao qual aparentemente se aplicaria, em virtude de peculiaridades de fato e/ou de direito identificadas neste último, a partir dos argumentos e tópicos trazidos pelas partes, e ponderando-se os valores em tensão.

No que respeita à superação de precedentes pelo STF, pode-se afirmar que *o rigor com que se expõe a fundamentação que a justifica varia, hoje, na proporção e intensidade dos efeitos vinculantes da decisão a ser superada*, e que não são estranhas à Corte Constitucional reflexões sobre *consequências econômicas ou resultados políticos* decorrentes de seus julgados. Quanto à restrição dos efeitos temporais de decisões que implicam na superação de precedentes, a fim de *preservar valores como a segurança jurídica*, trata-se de idéia familiar ao ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo da possibilidade de se conferirem efeitos *ex nunc* às decisões declaratórias de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado.

Nota-se, ademais, de todo o exposto, que o trabalho com precedentes vinculantes demanda um *raciocínio analógico* para o qual é fundamental a obtenção do máximo de informações sobre o caso precedente, a fim de se poder conhecer adequadamente seus fatos e sua lógica, de modo a efetuar seu confronto com o caso a decidir. Torna-se, portanto, primordial: (a) que o Tribunal Constitucional, ao proferir suas decisões, desenvolva relatórios pormenorizados sobre os fatos considerados relevantes para as mesmas[64], e, bem assim, as fundamente de forma ampla, deduzindo todas as razões e considerações pertinentes; (b) que os juízes vinculados, igualmente, se dediquem a relatar pormenorizadamente os fatos relevantes e os fundamentos de suas decisões, em especial nos casos de distinção entre precedentes, de restrição e/ou de extensão de suas regras; (c) que as decisões sejam publicadas de forma imediata e completa, a fim de que se possa ter um compêndio atualizado sobre como se vem julgando cada matéria; (d) que tais publicações sejam organizadas, sistematizadas e haja ferramentas de busca eficientes e rápidas para sua pesquisa; (e) que a educação do Direito assimile estas novas demandas e métodos, e se adapte a eles, treinando adequadamente os profissionais no manejo de precedentes e reformulando seus métodos, se necessário; (f) que os advogados e as partes, assim como os magistrados, se habilitem no trabalho com precedentes, se familiarizem com os instrumentos aptos a viabilizar uma distinção, a justificar uma revogação, a possibilitar a aplicação de um precedente anterior.

Não atendemos hoje, plenamente, a qualquer dos requisitos acima, seja em virtude da imensa sobrecarga de trabalho dos magistrados, seja porque a vinculação a precedentes foi se tornando uma realidade de forma paulatina, demandando, portanto, ajustes e um desenvolvimento acadêmico, doutrinário, correspondente. Há, assim, um grande caminho a percorrer.

Os precedentes vinculantes representam o reconhecimento do papel construtivo da jurisprudência e se destinam a conferir maior eficiência, isonomia e segurança ao sistema, gerando, contudo, normas gerais, que, como quaisquer outras, estão sujeitas a interpretação e ambigüidades. Este é o paradoxo.

O equilíbrio necessário ao sucesso em seu uso é delicado e só será alcançado com o tempo, mas um início muito desastroso pode levar à superlotação do Supremo

64 Mesmo no controle concentrado de constitucionalidade, ainda que se entenda que este se dá em abstrato, haverá sempre uma realidade subjacente à norma que inevitavelmente interferirá em sua interpretação.

Tribunal Federal por milhares de reclamações e, como conseqüência, gerar nesta sede uma jurisprudência defensiva que frustraria a efetividade do sistema, seja por não tornar eficaz o efeito vinculante das decisões, seja por permitir que este efeito se efetive em demasia, aplicando-se precedentes acriticamente a situações que não os comportam e, por conseguinte, gerando um imobilismo do direito.

O sucesso da idéia de precedentes vinculantes, por sua vez, poderá significar uma renovação de métodos, um florescimento do desenvolvimento judicial do direito, a consolidação do papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, uma melhor seleção das questões que efetivamente demandam debate mais profundo pela Corte Constitucional, uma renovação de paradigmas.

Como se vê, os precedentes vinculantes não são positivos ou negativos de per si. Somente a prática poderá determinar se representarão uma revolução ou um retrocesso.

Referências

ALEXANDER, Larry. "Constrained by Precedent". *In: University of Southern California Law Review*, 1989.

ALEXY, Robert e DREIER, Ralf. "Precedent in the Federal Republic of Gremany". In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study.* England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 17-66.

ALVES DA SILVA, Carla Mendonça Dias. "Efeitos vinculantes das decisões dos Tribunais Superiores: uma realidade". *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n.115, p. 164-177, maio/jun. 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "'Súmula vinculante' e duração dos processos". *ADV: Advocacia Dinâmica — Seleções Jurídicas,* São Paulo, n.8, p. 44-45, ago. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

______. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.* São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. "Súmula vinculante". *Revista Diálogo Jurídico,* Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, 2002. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br. Acesso em: 29 maio 2005.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito.* 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

COLE, Charles D.. "*Stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *common law*". Tradução: Maria Cristina Zucchi. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, v. 87, n. 752, p. 11-21, jun. 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. "Súmulas Vinculantes". *Revista Forense,* Rio de Janeiro, v. 95, n. 347, p. 51-65, jul./set. 1999.

GRAU, Eros Roberto. "Sobre a produção legislativa e sobre a produção normativa do direito oficial: o chamado 'efeito vinculante'". *Revista Trimestral de Direito Público,* São Paulo, n. 16, p. 31-38, 1996.

GRECO, Leonardo. "Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança". *Revista Dialética de Direito Processual,* São Paulo, n. 10, p. 44-54, jan. 2004.

LAMY, Eduardo de Avelar. "Súmula vinculante: um desafio". *Revista de Processo,* São Paulo, v. 30, n.120, p. 112-137, fev. 2005.

LINS E SILVA, Evandro Cavalcanti. "Crime de hermenêutica e súmula vinculante". *Revista Consulex,* Rio de Janeiro, v. 1, n. 5, p. 6-8, 1997.

______. "A questão do efeito vinculante". *Revista da OAB,* Brasília, v. 25, n. 61, p. 53-58, jul./dez. 1995.

MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. "Further General Reflections and Conclusions". In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study.* England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 531-550.

MALTZ, Earl. "The Nature of Precedent". *In: North Carolina Law Review,* vol. 66, 1988.

MARSHALL, Geoffrey. "What is binding in a precedent". In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study.* England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 503-518.

MENDES, Gilmar Ferreira. "O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas". *Revista Jurídica Virtual,* vol. 1, n. 4, agosto 1999. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm. Acesso em: 30 jun. 2005.

______. *Jurisdição constitucional.* 4.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MONAGHAN, Henry Paul. "Stare decisis and constitutional adjudication". *In Columbia Law Review,* vol, 88, 1988.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A redação da Emenda Constitucional nº 45 (Reforma da Justiça)". *Revista Forense,* Rio de Janeiro, v. 101, n.378, p. 39-46, mar./abr. 2005.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. "Ainda sobre o efeito vinculante". *Revista de Informação Legislativa,* Brasilia, v. 33, n. 131, p. 133-134, jul./set. 1996.

PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. "Reforma do Judiciário: a polêmica em torno da adoção das súmulas vinculantes e a solução oferecida pelas súmulas impeditivas de recursos". *Revista de Processo,* São Paulo, v. 30, n.120, p. 77-94, fev. 2005.

RE, Edward D. "Stare decisis". Tradução: Ellen Gracie Northfleet *Revista de Processo* n. 73, p. 47-54, jan./mar. 1994.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª ed., 2003.

SCAFF, Fernando Facury e MAUÉS, Antônio G. Moreira. "A trajetória brasileira em busca do efeito vinculante no controle de constitucionalidade". In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (org.) *Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 225-242.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi. "A súmula vinculante – O contraditório e a ampla defesa". *Revista de Processo,* São Paulo, v. 30, n.120, p. 68-76, fev. 2005.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do Efeito Vinculante: sua Legitimação e Aplicação.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. "O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional – da Revisão Constitucional de 1993 à reforma do Judiciário (EC 45/04)". In: AGRA, Walber de Moura (org.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário,* Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 152-160.

______. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito.* 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

______. "Efeito vinculante: desmi(s)tificações necessárias acerca dos projetos de reforma do Judiciário". Revista da Femargs n. 1. Disponível em: http://www.femargs.com.br/revista01_streck.html. Acesso em: 25 jun. 2005.

SUMMERS, Robert S.. "Departures from precedents". In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study.* England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 519-530.

______. "Precedent in the United States (New York State)". In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study.* England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 355-406.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à Emenda Constitucional n. 45/04.* São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "A súmula e sua evolução no Brasil." Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/dspace/index.jsp. Acesso em: 29 jun. 2005.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. "Poder Judiciário: controle externo e súmula vinculante". *Revista do Advogado,* São Paulo, v. 24, n.75, p.23-27, abr. 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política.* São Paulo: Malheiros, 1994, p. 117-216.

ONZE ILHAS
Se levarmos os argumentos do STF a sério, esbarramos numa outra dificuldade: argumentos "do tribunal" quase nunca existem
CONRADO HÜBNER MENDES

O STF (Supremo Tribunal Federal) teve uma agenda politicamente delicada em 2009. Chegaram ao tribunal casos que envolviam a antiga Lei de Imprensa, a demarcação de terras indígenas, a extradição de dissidente político, entre muitos outros temas de menor visibilidade pública.
Suas decisões provocaram reações várias na mídia, tanto na defesa quanto no ataque. Raramente, porém, essas reações se preocuparam em ler com cuidado o que foi dito nas decisões. Colaboraram, assim, para um diálogo de surdos. Não confiaram na própria capacidade de argumentar nem na disposição do STF de ouvir.
Uma pena que não estejamos debatendo os argumentos utilizados pelo STF. Eles são diversos. Em regra, têm estilo prolixo e arrevesado. Constituem peças clássicas do bacharelismo beletrista.
Se tentarmos levar os argumentos do STF a sério, porém, esbarramos numa outra dificuldade: argumentos "do tribunal" quase nunca existem, exceto por obra de uma metáfora. Não há, exceções à parte, razões compartilhadas pela maioria dos ministros, razões que, boas ou ruins, pudéssemos generalizar como do tribunal.
Se perguntarmos por que o STF decidiu um caso numa determinada direção, não raro ficamos sem resposta. Ou melhor, ficamos com muitas respostas que nem sequer conversam entre si, expressas nos votos dos 11 ministros. E por que isso deveria nos preocupar?
Comecemos pela compreensão do propósito de uma corte colegiada, uma empreitada coletiva cujo resultado pretende ser melhor que a soma das opiniões individuais.
Esse ganho só se concretiza quando os membros de tal órgão firmam o compromisso ético de se engajarem numa deliberação genuína. Requer atitudes que não são fáceis de pôr em prática. Exige, de cada um, disposição para duvidar de suas convicções iniciais, vontade de minimizar o desacordo e o reconhecimento da importância de uma opinião institucional coesa, fundada em razões claras.
Praticantes da deliberação escutam tanto quanto falam e não se importam em ser persuadidos. Formam um time que joga em conjunto, sem estrelismos individuais. São colegas, não adversários. Cooperam, não competem. Respeitam o direito ao voto vencido e concorrente, justificáveis se produtos do desacordo autêntico, não de vaidade ou preciosismo.
Um tribunal, se pretende construir uma jurisprudência vigorosa, que sirva de bússola para o regime democrático, precisa almejar uma deliberação assim ambiciosa.
Nossa jurisprudência constitucional, contudo, é quase obscurantista, refém das idiossincrasias enciclopédicas de cada um dos ministros do STF e facilmente manipulável pela retórica advocatícia. Fragiliza nossa linguagem dos direitos fundamentais, que permanece desguarnecida de uma casuística coerente nas decisões do Supremo.
O voto do ministro Peluso no caso em que o jornal "O Estado de S. Paulo" alegava ter sido censurado, por exemplo, menciona essa patologia da corte, mas não se posiciona a respeito dela. Não se incomoda com a frequente ausência, nas suas palavras, de uma "pronúncia coletiva", de uma "inteligência sistemática dos votos", de uma "verdadeira opinião da corte". Apenas constata ser esse hábito consequência de "singular modelo deliberativo historicamente consolidado".
Há tempos se instiga o STF a repensar seus ritos decisórios e hábitos deliberativos. As sugestões de reforma são antigas e não requerem mobilização legislativa, só ajustes internos.
O Supremo volta hoje ao trabalho, e essa seria uma boa meta para 2010.
A tarefa não é simples, nem seria correto responsabilizar os atuais ministros por tal prática. Estão seguindo uma tradição. No entanto, tradições podem ser submetidas a uma reflexão crítica transformadora.
O aperfeiçoamento da deliberação colegiada do STF contribuiria para a qualidade do debate público. E o Supremo se apresentaria não somente como autoridade que toma decisões a serem obedecidas, mas também como fórum que oferece razões a serem debatidas. Criaria uma oportunidade de reforçar sua legitimidade.
O STF não é infalível. Seus erros, assim como acertos, integram o processo de aprendizado democrático. Errando ou acertando, contudo, não pode se dar ao luxo de sonegar razões claras e colegiadas que possamos desafiar, recusar ou apoiar.
Não pode continuar a se proteger por trás de sua filosofia decisória "historicamente consolidada", de um emaranhado de opiniões individuais que não fazem, aparentemente, esforço para convergir.
A celebração de um tribunal "descolegiado", ao invocar passivamente tal tradição como álibi, é perniciosa para o Estado de Direito.

CONRADO HÜBNER MENDES é professor licenciado da Direito GV e da Sociedade Brasileira de Direito Público.

https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm

SUPREMOCRACIA*

*Oscar Vilhena Vieira***

SUPREMOCRACY

RESUMO
O STF está hoje no centro de nosso sistema político, fato que demonstra a fragilidade de nosso sistema representativo. Tal tribunal vem exercendo, ainda que subsidiariamente, o papel de criador de regras, acumulando a autoridade de intérprete da constituição com o exercício de poder legislativo, tradicionalmente exercido por poderes representativos. Este texto mostra como o Supremo, de fato, tem exercido tais funções pela análise de alguns de seus julgados mais recentes. Em seguida, propõe mecanismos capazes de lidar com as tensões produzidas pela *supremocracia*, sem caracterizá-la como algo necessariamente bom ou ruim, mas buscando compreender seu sentido e apontar para seus perigos.

PALAVRAS-CHAVE
Sistema político; separação de poderes, representação, STF

ABSTRACT
The text shows how the FSC is located at the heart of our political system and warns of the dangers to democracy inherent in this stance. Such a danger lies in the fact that the aforementioned court is fulfilling, albeit in a subsidiary manner, the role of rule-maker, accumulating the authority of Constitutional interpreter while retaining exercise of legislative power, which traditionally belonged to the representative powers. The text attempts to prove that the Supreme Court has carried out such functions within an analysis of some of its recently tried cases. It also suggests mechanisms capable of dealing with the tensions generated by supremocracy, *without characterizing them as something good or bad for our political system.*

KEYWORDS
Political system; separation of powers; representation; STF

"O Supremo Tribunal Federal está de vela na cúpula do estado"
Rui Barbosa

Introdução

Em 1968, Aliomar Baleeiro publicou "*O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*". O título desta obra clássica de nosso direito constitucional não poderia estar em maior descompasso com a proeminência do Supremo Tribunal Federal no cenário

político atual. Raros são os dias em que as decisões do Tribunal não se tornam manchete dos principais jornais brasileiros, seja no caderno de política, economia, legislação, polícia (e como!) e eventualmente nas páginas de ciências, educação e cultura.

Na academia, por sua vez, multiplica-se o número de trabalhos destinados a analisar os diversos aspectos da vida e da atuação do Supremo, seja nas faculdades de direito, seja nos programas de ciência política, sociologia, história, etc. O tema da interpretação constitucional que, no passado, ocupava um espaço residual na preocupação dos nossos constitucionalistas, passou a ser o principal foco de atenção de uma nova geração de juristas. Ponderação de valores, princípios ou moralidade, tornaram-se temas comuns aos estudos de direito constitucional[1]. Por outro lado, a ciência política, depois de longo período de desatenção em relação às instituições, despertou para a necessidade de compreender melhor o papel do direito e das agências responsáveis pela sua aplicação. Neste novo amanhecer da ciência política, com viés mais institucionalista, o Supremo tem se tornado objeto privilegiado de muitos autores.[2] Até os economistas passaram a analisar as conseqüências, não raramente tomadas como externalidades pouco desejáveis, das decisões judiciais[3].

Surpreendente, no entanto, tem sido a atenção que os não especialistas têm dedicado ao Tribunal; a cada *habeas corpus* polêmico, o Supremo torna-se mais presente na vida das pessoas; a cada julgamento de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade, pelo plenário do Supremo, acompanhado por milhões de pessoas pela "TV Justiça" ou pela *internet*, um maior número de brasileiros vai se acostumando ao fato de que questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito.

Embora o Supremo tenha desempenhado posição relevante nos regimes constitucionais anteriores, com momentos de enorme fertilidade jurisprudencial e proeminência política, como na Primeira República[4], ou ainda de grande coragem moral, como no início do período militar[5], não há como comparar a atual proeminência do Tribunal, com a sua atuação passada.

A expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais em geral não é, no entanto, um fenômeno estritamente brasileiro. Há, hoje, uma vasta literatura que busca compreender este fenômeno de avanço do direito em detrimento da política e conseqüente ampliação da esfera de autoridade dos tribunais em detrimento dos parlamentos.[6]

Para alguns analistas, o fortalecimento da autoridade dos tribunais tem sido uma conseqüência imediata da expansão do sistema de mercado, em plano global. Aos olhos dos investidores, os tribunais constituiriam um meio mais confiável para garantir a segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade do que legisladores democráticos, premidos por demandas "populistas" e necessariamente pouco eficientes, de uma perspectiva econômica.[7]

Uma segunda corrente enxerga a ampliação do papel do direito e do judiciário como uma decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas. Neste momento, recorre-se ao judiciário como guardião último dos ideais democráticos. O que gera, evidentemente, uma situação paradoxal, pois, ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o judiciário apenas contribui para a ampliação da própria crise de autoridade da democracia. Este é o argumento fundamental do influente livro escrito por Antoine Garapon.[8]

Para muitos constitucionalistas, o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o judiciário é, antes de tudo, uma conseqüência do avanço das constituições rígidas, dotadas de sistemas de controle de constitucionalidade, que tiveram origem nos Estados Unidos. Logo, não é um processo recente. Este processo de expansão da autoridade judicial, contudo, torna-se mais agudo com a adoção de constituições cada vez mais ambiciosas. Diferentemente das constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam o desenho de instituições políticas voltadas a permitir que cada geração pudesse fazer as suas próprias escolhas substantivas, por intermédio da lei e de políticas públicas, muitas constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobre tudo decidir e deixando ao legislativo e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto ao judiciário fica entregue a função última de guardião da constituição.[9] A hiper-constitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa. Porém, uma vez realizada a opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinhamento do sistema representativo.

Apenas como forma de ilustrar os argumentos acima, seria possível afirmar que a expansão da autoridade judicial começou a ser detectada, já no início do século passado, pelos realistas nos Estados Unidos[10], a partir de uma série de decisões liberais da Suprema Corte, no que se convencionou chamar de era *Lochner*.[11] Nesse período, a Corte passou a tomar decisões que substituíam a vontade do legislador, por intermédio da doutrina do devido processo legal substantivo. Por essa doutrina, a Corte não apenas se limita a verificar a constitucionalidade formal de um ato normativo, mas também a sua razoabilidade face aos princípios da constituição. No caso *Lochner*, a Corte invalida legislação de cunho social, produzida pelo Estado de Nova York, em face de princípios implícitos pretensamente na Constituição.

Na Europa, onde por todo o século XIX, a doutrina do *judicial review* não encontrou eco, os tribunais apenas começaram a ocupar uma posição mais proeminente a partir da Segunda Guerra, em especial na Alemanha e na Itália. Como reação ao nazismo e ao fascismo e uma enorme desconfiança na democracia de massas[12], foram

estabelecidas substantivas cartas de direitos e potentes tribunais constitucionais, rompendo com a velha tradição rousseauniana de soberania popular[13]. Em alguma medida, a reconstitucionalização espanhola, no final da década de 1970, e a constitucionalização de diversos países da Europa oriental, após a queda do muro de Berlim, seguiram a mesma lógica.[14]

As constituições, em geral, buscam demarcar as diferenças entre o regime deposto e aquele por ela arquitetado. Esta lógica também esteve presente nas transições portuguesa, de 1976, brasileira, de 1988, sul-africana, de 1996, ou mesmo Indiana, de 1950, elaborada no contexto do processo de descolonização[15]. Nestes casos, no entanto, havia uma ambição constitucional adicional. Estas constituições não representam apenas marcos de transição para a democracia, mas explicitamente foram incumbidas de liderar o processo de mudança social. Talvez o texto da Constituição Indiana e o texto original da Constituição portuguesa de 1976 sejam os mais ambiciosos neste aspecto. No caso português era missão constitucional levar a sociedade portuguesa ao socialismo. Também poderia ser inserido nesta onda de constitucionalismo socialmente transformador o texto colombiano de 1991. Uma das características marcantes destes novos regimes foi a institucionalização de robustas jurisdições constitucionais, voltadas a assegurar pactos de transição, plasmados em ambiciosos textos constitucionais.[16] Só que agora os juízes passariam a ter responsabilidades não apenas de legisladores negativos, na formulação de Kelsen, mas também por zelar pelo cumprimento das promessas positivas feitas pela Constituição[17].

A hipótese fundamental deste texto é de que este perceptível processo de expansão da autoridade dos tribunais ao redor do mundo ganhou, no Brasil, contornos ainda mais acentuados. A enorme ambição do texto constitucional de 1988, somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo dos últimos vinte anos, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil. O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de no. 3/93, e no. 45/05, bem como pelas leis no. 9.868/99 e no. 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes. *Supremocracia* é como denomino, de maneira certamente impressionista, esta singularidade do arranjo institucional brasileiro. *Supremocracia* tem aqui um duplo sentido.

Em um primeiro sentido, o termo *supremocracia* refere-se à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário. Criado há mais de um século (1891), o Supremo Tribunal Federal sempre teve uma enorme dificuldade em impor suas decisões, tomadas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, sobre as instâncias judiciais inferiores. A falta de uma doutrina como a do *stare decisis*

do *common law*, que vinculasse os demais membros do Poder Judiciário às decisões do Supremo, gerou uma persistente fragilidade de nossa Corte Suprema. Apenas em 2005, com a adoção de da súmula vinculante, completou-se um ciclo de concentração de poderes nas mãos do Supremo, voltado a sanar sua incapacidade de enquadrar juízes e tribunais resistentes às suas decisões. Assim, *supremocracia* diz respeito, em primeiro lugar, à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (*rule*) o Poder Judiciário no Brasil. Neste sentido, finalmente o Supremo Tribunal Federal tornou-se supremo. No caso específico, o "s" minúsculo do adjetivo vale mais que o "S" maiúsculo que convencionalmente reservamos aos órgãos máximos da República.

Em um segundo sentido, o termo *supremocracia* refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes. A idéia de colocar uma corte no centro de nosso sistema político não é nova. Como lembra Leda Boechat Rodrigues, o próprio Pedro II, no final de seu reinado, indagava se a solução para os impasses institucionais do Império não estaria na substituição do Poder Moderador por uma Corte Suprema como a de Washington. A epígrafe deste texto, escrita por Rui Barbosa, em 1914, também advoga por uma centralidade política do Supremo, como um órgão de conciliação entre os poderes. A história institucional da República, no entanto, seguiu rumos mais acidentados. O papel de árbitro último dos grandes conflitos institucionais que, no Império, coube ao Poder Moderador, foi exercido, sobretudo, pelo Exército, como reivindica Alfred Stepan, e apenas subsidiariamente pelo Supremo, como propõem José Reinaldo Lima Lopes e eu mesmo.[18] Foi apenas com a Constituição de 1988 que o Supremo deslocou-se para o centro de nosso arranjo político. Esta posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, em face a enorme tarefa de guardar tão extensa constituição. A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. Se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala pela quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador. Neste sentido, a Suprema Corte indiana talvez seja a única que partilhe o *status supremocrático* do Tribunal brasileiro, muito embora tenha deixado para trás uma posição mais ativista.

No exercício destas funções que lhe vem sendo atribuídas pelos distintos textos constitucionais ao longo da história republicana, ousaria dizer, emprestando a linguagem de Garapon, que, nos últimos anos, o Supremo não apenas vem exercendo a função de

órgão de "proteção de regras" constitucionais, face aos potenciais ataques do sistema político, como também vem exercendo, ainda que subsidiariamente, a função de "criação de regras" [19]; logo, o Supremo estaria acumulando exercício de autoridade, inerente a qualquer interprete constitucional[20], com exercício de poder. Esta última atribuição, dentro de um sistema democrático, deveria ficar reservada a órgãos representativos, pois quem exerce poder em uma república deve sempre estar submetido a controles de natureza democrática[21].

Neste sentido, é sintomático que um dos mais astutos representantes da classe política brasileira, que já exerceu as funções de Presidente da República e Presidente do Senado, sobrevivendo a todas as mudanças de nosso sistema político nos últimos cinqüenta anos, tenha afirmado recentemente que "nenhuma instituição é mais importante e necessária ao Brasil do que o STF"[22], em uma espécie de substabelecimento, por insuficiência, dos poderes inerentes ao sistema político brasileiro para o Supremo Tribunal Federal. No mesmo sentido, é emblemática a resposta do Presidente Lula, que, quando indagado sobre a lei de anistia, teria dito: "este é um problema da justiça".

Nas páginas seguintes, pretendo, em primeiro lugar, discutir as razões de ordem institucional que, a meu ver, têm favorecido a expansão dos poderes do Supremo no sistema político brasileiro. Em seguida, buscarei apresentar alguns indícios de que o Supremo vem, de fato, por intermédio de suas decisões, exercendo ativamente as funções que lhe foram atribuídas. Por fim, a título de conclusão, buscarei lançar algumas idéias práticas que, a meu ver, poderiam contribuir para a redução das tensões geradas pela *supremocracia*. Desnecessário dizer que este ensaio tem por objetivo essencial provocar o debate.

1 A Construção Institucional da Supremocracia

Múltiplas são as razões de ordem política e histórica que levaram o constituinte de 1987/8 a optar pela elaboração de uma constituição tão ampla, minudente, ambiciosa, ou ubíqua, na precisa definição de Daniel Sarmento.[23] Irei, aqui, apenas analisar qual o impacto de algumas destas escolhas institucionais sobre a atuação do Supremo.

1.1 A ambição constitucional

A primeira destas decisões diz respeito ao próprio *ethos* ambicioso da Constituição de 1988 que, segundo Seabra Fagundes, corretamente desconfiada do legislador, deveria sobre tudo legislar. Assim, a Constituição transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente[24] um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas, em uma espécie de *compromisso maximizador*[25]. Este processo, chamado por muitos colegas de constitucionalização do direito[26], liderado pelo Texto de 1988, criou, no entanto, uma enorme esfera de

tensão constitucional e, conseqüentemente, gerou uma explosão da litigiosidade constitucional. A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo. Os dados são eloqüentes. Em 1940, o Supremo recebeu 2.419 processos; este número chegará a 6.376 em 1970. Com a adoção da Constituição de 1988, saltamos para 18.564 processos recebidos em 1990, 105.307 em 2000 e 160.453 em 2002, ano em que o Supremo recebeu o maior número de processos em toda sua história. Em 2007, foram 119.324 processos recebidos. Este crescimento é resultado imediato da ampliação de temas entrincheirados na Constituição, mas também de um defeito congênito do sistema recursal brasileiro, que até a Emenda 45 encontrava-se destituído de mecanismo que conferisse discricionariedade ao Tribunal para escolher os casos que quisesse julgar, bem como de mecanismo eficiente pelo qual pudesse impor suas decisões às demais esferas do judiciário.

1.2 Competências superlativas

A segunda razão que pode nos ajudar a compreender a expansão de autoridade do Supremo refere-se a sua própria arquitetura institucional. A Constituição de 1988, mais uma vez preocupada em preservar a sua obra contra os ataques do corpo político, conferiu ao Supremo Tribunal Federal amplos poderes de guardião constitucional. Ao Supremo Tribunal Federal foram atribuídas funções que, na maioria das democracias contemporâneas, estão divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados (ou simplesmente competências difusas pelo sistema judiciário) e tribunais de recursos de última instância.

Na função de *tribunal constitucional*, o Supremo tem por obrigação julgar, por via de ação direta, a constitucionalidade de leis e atos normativos produzidos tanto em âmbito federal, como estadual. Deve-se destacar, no caso brasileiro, a competência para apreciar a constitucionalidade de emendas à Constituição, quando estas ameaçarem a integridade do amplo rol de cláusulas pétreas, estabelecido por força do artigo 60, § 4º, da Constituição. Esta atribuição conferiu ao Supremo a autoridade para emitir a última palavra sobre temas constitucionais em nosso sistema político, reduzindo a possibilidade de que o Tribunal venha a ser circundado pelo Congresso Nacional, caso este discorde de um dos seus julgados, como acontece em muitos países. Também foi atribuída ao Tribunal a competência para julgar as omissões inconstitucionais do legislador e do executivo, e, por meio do mandado de injunção, de assegurar imediata e direta implementação de direitos fundamentais.

A politização desta esfera de jurisdição do Tribunal foi expandida em relação ao período constitucional anterior, na medida em que a legitimidade para a proposição de ações diretas foi conferida a novos atores políticos e sociais, conforme disposto pelo artigo 103 da Constituição Federal[27], superando a fase em que as chaves de

acesso ao controle direto de constitucionalidade pelo Supremo só eram conferidas ao Procurador Geral da República. Essa abertura do Supremo a outros atores políticos tem transformado o Tribunal, em muitas circunstâncias, em uma câmara de revisão de decisões majoritárias, a partir da reclamação daqueles que foram derrotados na arena representativa. Neste aspecto, é curioso notar que o partido político que mais trazia casos ao Supremo no período Fernando Henrique Cardoso era o Partido dos Trabalhadores (PT) e, agora, na gestão Lula, o Partido dos Democratas (DEM) passou a ocupar a primeira posição entre os usuários do Tribunal, seguido de perto pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). Da mesma forma, os governadores de Estado se apresentam de forma extremamente ativa no emprego do Supremo, como uma segunda arena política, em que buscam bloquear medidas aprovadas pelos seus antecessores, bem como pelas respectivas Assembléias Legislativas Estaduais.

Outro evento de extrema importância na valorização da jurisdição do Tribunal, enquanto arena de embate político, foi o estabelecimento da possibilidade de que organizações da sociedade civil e outros grupos de interesse pudessem interpor *amici curiae* em casos de interesses supra-individuais. Como bem demonstra Eloísa Machado, em sua precisa dissertação de mestrado, o legislador ordinário contribuiu para "democratizar" o acesso ao Supremo[28]. Com isso, novas vozes passaram a ecoar no Tribunal, aumentando seu caráter pluralista, bem como sua voltagem política, enquanto palco de solução de conflitos anteriormente mediados pelo corpo político. Somado a isso, surgiram as audiências públicas, em casos de grande relevância, que trazem ao Tribunal especialistas, militantes e acadêmicos, que não se reportam ao Tribunal em termos necessariamente jurídicos, mas, sim, técnico-políticos, agregando uma enorme quantidade de argumentos consequencialistas ao processo decisório do Tribunal. Os casos das células-tronco e dos anencéfalos são uma demonstração do potencial politizador deste mecanismo. Essas novidades certamente ampliaram o acesso ao Tribunal, mas também expõem sua autoridade mais diretamente.

A Constituição de 1988 conferiu também ao Supremo a espinhosa missão *de foro especializado*. Em primeiro lugar, cumpre-lhe julgar criminalmente altas autoridades. Em conseqüência da excêntrica taxa de criminalidade no escalão superior de nossa República, o Supremo passou a agir como juízo de primeira instância, como vimos no caso da recém aceitação da denúncia contra os *mensaleiros*. Só para ter uma dimensão do problema, há mais de 250 denúncias contra parlamentares aguardando manifestação do Supremo. O Tribunal não está equipado para analisar pormenorizadamente fatos e, mesmo que ampliasse sua capacidade institucional para fazê-lo, seu escasso tempo seria consumido em intermináveis instruções criminais, desviando-o de suas responsabilidades mais propriamente constitucionais.

A segunda pedra no caminho do Supremo é ter que apreciar originariamente atos secundários do parlamento ou do executivo, muitas vezes diretamente ligados à governância interna destes dois poderes. Pior ocorre quando é instado a resolver tais

contendas em caráter emergencial, como no caso da sessão secreta do Senado Federal, voltada a apreciar a cassação do mandato do Senador Renan Calheiros[29]. O Supremo serve, nessas circunstâncias, como um tribunal de *pequenas causas políticas*. Desconheço outro tribunal supremo do mundo que faça plantão judiciário para solucionar quizílias, que os parlamentares não são capazes de resolver por si mesmos. O mesmo acontece em relação à impugnação, por via de mandado de segurança, de atos muitas vezes banais do Presidente da República, como demissão de um servidor público. A sua competência de foro especializado tem um enorme custo gerencial, bem como pode gerar um desgaste de sua autoridade, por excesso de envolvimento em questões que poderiam e deveriam estar sendo resolvidas em outros âmbitos. Por outro lado, é inadmissível que um tribunal supremo se veja obrigado a julgar originariamente processos de extradição, homologação de sentenças estrangeira, um enorme número de *habeas corpus*, mandados de segurança e outras ações cíveis em face do *status* do réu. Na linguagem da imprensa, parte dessas atribuições transformou o Supremo em um foro privilegiado.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal serve como *tribunal de apelação ou última instância judicial*, revisando centenas de milhares de casos resolvidos pelos tribunais inferiores todos os anos, o que se explica pela coexistência de um sistema difuso de controle de constitucionalidade e um sistema concentrado de controle de constitucionalidade, na ausência de uma cultura jurídica que valorize o caráter vinculante das decisões judiciais, inclusive aquelas proferidas por tribunais superiores. De 1988 para cá, foram mais de um milhão de recursos extraordinários e agravos de instrumento apreciados por onze juízes, o que significa 95,10% dos casos distribuídos e 94,13% dos casos julgados pelo Tribunal.[30] Isto sem falar nos milhares de *habeas corpus*, muitos deles com arriscada supressão de instâncias, pedidos de extradição e outros processos que chegam ao protocolo do Tribunal todos os dias. Além de desumano com os ministros, é absolutamente irracional fazer com que milhões de jurisdicionados fiquem aguardando uma decisão do Tribunal, enquanto seus devedores se beneficiam da demora na solução desses casos. Desnecessário dizer que o maior beneficiário deste sistema irracional é o próprio Estado brasileiro. Importante destacar aqui, no entanto, que estes números absurdos, que normalmente causam certo aperreio cognitivo aos analistas estrangeiros, não retratam a verdadeira rotina do Tribunal. O fato de que as tabelas encontradas no sitio do Supremo demonstrem que o Tribunal julga mais de cem mil casos por ano, em média, não significa que a Corte efetivamente aprecie tantos casos. Como demonstra Marcos Paulo Veríssimo, em refinada análise publicada neste número da Revista DIREITO GV, a somatória das decisões tomadas pelas duas turmas, mais as decisões proferidas em plenário, pouco ultrapassam a 10% do total de casos julgados pelo Supremo, sendo que os casos julgados pelo plenário do Tribunal, em 2006, consistem em apenas 0,5% do total de casos julgados, ou seja: 565 casos. A imensa

maioria dos casos, portanto, refere-se a decisões monocráticas, em que o "relator tem poderes conferidos pela lei para julgar o mérito ou as condições de admissibilidade da ação ou do recurso, ordinário ou extraordinário".[31] O mesmo autor conclui que, por trás destas decisões monocráticas, pode estar escondida uma "espécie de *certiorary* informal". Isto apenas demonstra que o Tribunal vem utilizando um alto grau de discricionariedade para decidir o que vai para os distintos colegiados e o que pode ser abatido monocraticamente. Em política, o controle sobre a agenda temática, bem como sobre a agenda temporal, tem um enorme significado; e este poder se encontra nas mãos de cada um dos ministros, decidindo monocraticamente. Esse poder e os critérios para a sua utilização, como não são expressos, fogem a possíveis tentativa de compreensão, quanto mais de controles públicos sobre essa atividade. Cria-se, assim, uma sensação de enorme seletividade em relação aquilo que entra e o que fica de fora da pauta do Tribunal.

A inclusão da argüição de repercussão geral, pela qual o Supremo poderá *de iure*, e não apenas *de facto,* exercer sua discricionariedade, barrando a subida de milhares de processos todos os anos, e da súmula vinculante, que reforça a sua autoridade, permitindo a imposição *erga omnes* de suas decisões, foi uma reação à enorme fragmentação de nosso sistema de controle de constitucionalidade. Essas ferramentas, por sua vez, concentraram ainda mais poderes nas mãos do Supremo, como já foi possível verificar pela edição de súmula vinculante regulamentando emprego das algemas, a partir de uma pequena série de casos individuais, entre os quais a exposição pública de banqueiros e políticos algemados antes do julgamento. O risco aqui é o tribunal ver-se obrigado a se transformar em xerife de suas próprias decisões.

2 EXEMPLOS DE ATUAÇÃO SUPREMOCRÁTICAS

Tem se avolumado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal os sinais de que o Tribunal, respondendo aos incentivos institucionais acima descritos, subiu uma nota na escala de poder de nosso sistema político. A primeira evidência disso é o impressionante número de casos de máxima relevância presentes na agenda do Supremo. Após uma breve enumeração desses casos, concentrarei minha atenção em algumas decisões que podem nos ajudar a compreender de que forma os próprios ministros do Supremo estão metabolizando a ampliação dos poderes do Tribunal. Em primeiro lugar, será analisado o caso das células-tronco, ADI 3.510-0, emblemático da atual etapa de expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal, como arena de discussão pública de temas de natureza político moral.[32] Em um segundo momento, a partir da análise do caso da fidelidade partidária, Mandado de Segurança n. 26.603/DF, e dos crimes hediondos, Reclamação 4.335-5/Acre, buscarei demonstrar como o Supremo vem expandido sua atividade legiferante, com ênfase naquela

de impacto constitucional, ou seja, passando do campo do exercício da autoridade para o exercício do poder.

2.1 Uma agenda desafiadora

Muitos poderiam ser os exemplos da expansão da autoridade do Supremo nestes últimos vinte anos. Afinal, é difícil pensar um tema relevante da vida política contemporânea que não tenha reclamado ou venha a exigir a intervenção do Supremo Tribunal Federal.

No campo dos direito fundamentais, já foram decididas, ou encontram-se na agenda do Tribunal, questões como: pesquisa com células-tronco, quotas nas universidades, desarmamento, aborto (anencéfalos), demarcação de terras indígenas, reforma agrária, distribuição de medicamentos, lei de imprensa, lei de crimes hediondos, poder da polícia de algemar, direito de greve, etc.

Na esfera da representação política, temas como sub-representação na Câmara dos Deputados, cláusula de barreira, fidelidade partidária, número de vereadores nas Câmaras Municipais, vêm fazendo do Tribunal um co-autor do constituinte originário na arquitetura da representação política brasileira.

No âmbito da delimitação de atribuições das demais esferas do Estado, vem discutindo questões como: restrição à atuação das CPIs; limitação do poder de edição de medidas provisórias pelo Presidente da República; restrição aos poderes de investigação do Ministério Público; garantia dos direitos das minorias parlamentares em face das mesas da Câmara e do Senado; delimitação do campo de autonomia das agências reguladoras; aferição da legitimidade da instituição de controle externo da magistratura; a restrição às sessões secretas do Senado, entre outras questões quentes.

Com direto impacto sobre o balanço federativo e também sobre a economia, o Tribunal vê na sua agenda assuntos como guerra fiscal, Cofins e FGTS, além de toda uma linha de decisões relativas aos ajustes econômicos, que marcaram a vida brasileira até o plano real.

Tudo isto sem falar em milhares de *habeas corpus*, mandados de segurança, alguns de altíssima voltagem política e muitos milhares de recursos extraordinários, que demandam do Supremo decidir sobre uma infinidade de temas constitucionais mais ou menos relevantes. Na esfera político-criminal, por exemplo, temos assistido o julgamento de altas autoridades, como o ex-presidente Collor e os integrantes do escândalo do mensalão.

O Supremo, por outro lado, também não viu nenhuma dificuldade em discutir a validade de emendas à Constituição, como nas reformas administrativa, previdenciária e do próprio judiciário, chegando, sem qualquer hesitação, a declarar algumas emendas contrárias às cláusulas pétreas, como no caso da extinta CPMF.

Em resumo, tudo no Brasil parece exigir uma "última palavra"[33] do Supremo Tribunal Federal.

2.2 A NOVA ÁGORA:
O EXEMPLO DO DEBATE EM TORNO DA PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO

O julgamento da lei de biossegurança, que autoriza a pesquisa com células-tronco embrionárias congeladas, é significativo deste novo patamar de visibilidade pública que vem sendo alcançado pelo Supremo. Para além da própria importância do tema, que tinha como pano de fundo a questão sobre a proteção jurídico-constitucional das etapas de desenvolvimento da vida[34], da vasta cobertura da mídia e da intensa romaria de diversos grupos contrários e favoráveis à liberação da pesquisa com células-tronco para apresentar seus argumentos aos membros do Tribunal, quatro fatos parecem indicar que o Supremo passou a ocupar um novo papel no sistema político brasileiro.

O primeiro fato a ser destacado aqui se refere à naturalidade com que o Supremo se colocou para avaliar a escolha política substantiva, no caso, com ampla repercussão moral, previamente realizada pelo legislador ordinário. Esta questão foi suscitada da tribuna, de forma expressa, por Luiz Roberto Barroso, advogado em um dos *amici*. Para o ilustre professor, o Tribunal deveria levar em consideração o fato de que a lei havia sido aprovada por uma esmagadora maioria do Congresso Nacional, após um amplo processo de consultas e debates, inclusive com a realização de audiências públicas, em que foram ouvidas as diversas posições da sociedade brasileira. Não havendo inconstitucionalidade flagrante, mas apenas ponderação legislativa legítima, o Tribunal deveria abster-se de substituir a decisão do legislador pela sua. Antes de iniciar o seu voto, a Ministra Carmem Lúcia afastou com veemência este argumento, sendo explicitamente acompanhada pelo Ministro Marco Aurélio. Logo, não se abriu qualquer espaço para uma discussão sobre *deferência*, muito comum em outros tribunais constitucionais ao redor do mundo. Entendida por *deferência* a postura respeitosa que muitos tribunais demonstram em relação ao legislador, democraticamente eleito. O que não significa omissão, mas, sim, o estabelecimento de claros parâmetros de separação de poderes, em que o judiciário sabe que a ele não foi conferido um poder de inovar na ordem jurídica. Embora o Supremo tenha desde muito cedo em sua história tido uma postura de se permitir substituir decisões do legislador[35], especialmente quando estas afrontam direitos, o fato é que não costumava eliminar de forma tão radical argumentos que tomassem em consideração a necessidade de uma conduta deferente. O que ficou claro é que o Supremo não se vê apenas como uma instituição que pode vetar decisões parlamentares claramente inconstitucionais, mas que pode comparar a qualidade constitucional das decisões parlamentares com as soluções que a própria Corte venha a imaginar, substituindo as decisões do parlamento caso entenda que as suas são melhores.

O segundo ponto emblemático que se pode destacar no processo de julgamento da constitucionalidade da lei de biossegurança refere-se à importância que os *amici curiae* passaram a ter na condução dos debates no Supremo. A presença de organizações da sociedade civil, expressando a polaridade de opiniões difusas entre os

diversos segmentos da sociedade brasileira definitivamente politizou o debate jurídico levado a cabo na Corte. Mais do que isso, a liberalidade na aceitação dos *amici* por parte dos Ministros indica que o Supremo está voluntariamente se democratizando e conseqüentemente abrindo-se de forma mais clara para a política. Ao permitir que organizações da sociedade civil, possam, a um custo organizacional e político muito menor, lutar pelos valores que defendem no âmbito do Supremo, cria-se uma nova arena discursiva e de decisão político-jurídica. Desta forma, o Supremo, os atores da sociedade civil e as regras de interpretação constitucional passam a funcionar, em algumas situações, como substitutos do parlamento, dos partidos políticos e da regra da maioria.[36]

Um terceiro aspecto do julgamento que parece relevante refere-se à convocação da primeira audiência pública, a pedido de uma das organizações da sociedade civil, para a oitiva de cientistas. Por mais técnica que tenha sido a audiência, controlada rigorosamente pelo Ministro Carlos Brito, relator do processo, as audiências públicas impõem ao Supremo debruçar-se sobre argumentos que não são de natureza estritamente jurídicas. Um dos reflexos disso durante o julgamento da lei de biossegurança foi que alguns dos Ministros empenharam-se mais em disputar a qualidade dos argumentos científicos e de "seus cientistas" do que propriamente esgrimar argumentos de natureza constitucional, sobre a vida extra-uterina. No voto do Ministro Carlos Alberto Direito, mais páginas foram utilizadas para discutir filosofia, religião e especialmente ciência do que propriamente direito constitucional.

Esta abertura à sociedade civil, bem como uma deliberada exposição a discursos de natureza científica, religiosa, econômica, etc., não podem ser vistos como algo necessariamente negativo. Ao contrário, demonstram a necessidade do Supremo em buscar ampliar a sua base de legitimidade, em face dos desafios de tomar decisões com impacto fortemente político, como foi exposto pelo próprio Ministro Carlos Aires Brito, ao abrir a primeira audiência pública da história do Supremo. Este passo, no entanto, demanda que o Tribunal tenha clareza de seus novos desafios. Uma corte ativista, com enorme exposição pública e responsabilidade por tomar decisões de grande magnitude, fica submetida a distintos padrões de escrutínio, que já vêm expondo suas tensões internas e potenciais fragilidades. Ao tomar decisões de natureza política, e não apenas exercer a autoridade de preservar regras, o Supremo passará a ser cobrado pelas conseqüências de seus atos, sem que haja mecanismos institucionais para que essas cobranças sejam feitas.

O último aspecto deste julgamento a ser destacado pode não parecer diretamente associado à questão da superexposição do Tribunal, mas, a meu ver, está a esta conectada. Uma das maiores idiossincrasias deste julgamento foi o fato de que a minoria no plenário, já derrotada por aqueles que entendiam que a lei era constitucional em sua totalidade, obstinadamente buscou que fossem incluídas na sentença medidas de caráter legislativo, que restringiriam enormemente a eficácia da legislação.

Conforme proposição dos Ministros Carlos Alberto Direito e Antonio Carlos Peluso, invocando a doutrina da interpretação conforme a constituição, propunham a criação de mecanismos mais rigorosos para a fiscalização das pesquisas com células-tronco. As proposições de cunho legislativo que se buscava inserir na decisão, barradas energeticamente pelos Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, sugerem duas coisas: em primeiro lugar, uma óbvia ambição legislativa, por parte da minoria; em segundo lugar, uma exploração da tele-audiência como espaço para realização de um discurso, que apenas poderia ter conseqüências políticas, posto que a sorte jurídica do caso já se encontrava selada. O fato de que o Supremo delibera em público, com televisionamento de suas audiências, também diferencia o Tribunal da quase totalidade das cortes constitucionais ao redor do mundo. Até o presente momento, não surgiu, salvo melhor juízo, nenhum estudo buscando compreender o impacto da publicidade sobre a atuação dos Ministros.

2.3 De legislador negativo a poder constituinte reformador

Além da proeminência do Supremo, enquanto arena de deliberação pública, é importante buscar demonstrar o quanto o Supremo tem se afastado do modelo tradicional de legislador negativo, imaginado por Kelsen, quando justificou a necessidade de cortes constitucionais no continente europeu, nas primeiras décadas do Século XX.[37] Gostaria de destacar aqui dois casos que demonstram que o Supremo vem não apenas conferindo efeito legiferante a algumas de suas decisões, mas que esta atuação legislativa eventualmente tem hierarquia constitucional. Tanto no caso da fidelidade partidária, MS 26.603/DF, como no caso da Reclamação 4.335-5/Acre, referente à constitucionalidade da lei de crimes hediondos, o Supremo parece ter dado um passo na direção do exercício do poder constituinte reformador. Comecemos pelo caso da fidelidade partidária.

A ampla liberdade para a formação de partidos conjugada com a representação proporcional, que inspira a eleição para a Câmara dos Deputados, gerou uma grande proliferação de partidos políticos no Brasil. Atualmente, são vinte e nove os partidos devidamente registrados no Tribunal Superior Eleitoral. A falta de regras específicas ou de uma cultura política relativa à fidelidade partidária, por sua vez, permite uma intensa mobilidade de parlamentares, que ficam livres para aderir à base de sustentação do governo, após terem sido eleitos por partidos de oposição. Como reação a essas características do sistema representativo brasileiro, muitas vezes responsabilizadas pela fragilização da representação parlamentar, o parlamento e o próprio judiciário vêm tomando decisões voltadas a reorientar o sistema representativo. Comentarei abaixo apenas a decisão tomada no MS 26.603/DF que cuida da questão da perda de mandato por infidelidade partidária, deixando para outra ocasião a análise dos casos da verticalização das coligações partidárias e das cláusulas de barreira.

O Superior Tribunal Eleitoral, respondendo à Consulta 1398, que lhe foi formulada pelo então Partido da Frente Liberal (PFL), reconheceu que os partidos e coligações partidárias têm o direito de manter as cadeiras parlamentares que tenham obtido no processo eleitoral, decorrente de eleição pelo sistema proporcional, quando o deputado, após o pleito, decide mudar de agremiação política. A decisão do TSE, no entanto, não foi acatada pela Presidência da Câmara dos Deputados, motivando o acima mencionado mandado de segurança, impetrado pelo PSDB. A discussão de fundo refere-se à possibilidade de o Tribunal Superior Eleitoral interpretar a Constituição, de forma a determinar a perda de mandado por parte daquele deputado que, injustificadamente, muda de partido, após o pleito eleitoral, devendo a vaga no parlamento ser preenchida por suplente que se encontra na lista do partido ou coligação de origem.

Não entrarei aqui no mérito político da decisão. Se esta beneficiou ou não a organização do sistema político-partidário brasileiro. Mas apenas destacar o fato jurídico de que a decisão dos tribunais (TSE e STF) criou uma nova categoria de perda de mandado parlamentar, distinta daquelas hipóteses previstas no artigo 55, da Constituição Federal, que, como o próprio Ministro Celso de Mello reconheceu, constituem "*numerus clausus*". O fato de se estar estabelecendo mais uma hipótese de perda de mandado parlamentar, evidentemente, cria um problema institucional sério: a decisão tomada pelos dois tribunais é decorrência de um processo de interpretação constitucional ou tem ela caráter legislativo (no caso específico: de natureza constitucional)? O próprio Ministro Celso de Mello enfrentou esta questão ao dizer que a Constituição conferiu ao Supremo "o monopólio da última palavra em temas de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental", o que pode ser interpretado como uma leitura fiel do artigo 102 da Constituição. O ministro, no entanto, foi além ao adotar em seu voto as seguintes palavras de Francisco Campos: "A Constituição está em elaboração permanente nos tribunais incumbidos de aplicá-la [...]. Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte".[38] Este certamente é um passo muito grande, no sentido de conferir poderes legislativos, eventualmente de reforma constitucional, ao Tribunal.

No julgamento da Reclamação 4.335-5/Acre, relatado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, o Supremo Tribunal Federal deixou mais uma vez claro que no processo de interpretação e aplicação da Constituição o seu conteúdo, e eventualmente a sua letra, pode sofrer alterações.

Depois de muitos anos sustentando a constitucionalidade da Lei de Crimes Hediondos, o Supremo Tribunal Federal, em decisão relatada pelo Ministro Marco Aurélio, no HC 82.956, afastou a incidência do artigo que vedava a progressão de regime aos que houvessem sido condenados pela lei de crimes hediondos, por entender que esta regra violava o princípio da dignidade humana e da individualização da pena.

Com base nesta decisão do Supremo Tribunal Federal, inúmeros condenados, com base na Lei de Crimes Hediondos, solicitaram a progressão de regime. O juiz da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco entendeu, no entanto, que não deveria autorizar a progressão de regime, pois o referido HC produziu efeitos apenas 'inter partes'. Neste sentido, aplicou o disposto no artigo 52, X, da Constituição Federal, ao determinar que "compete privativamente ao Senado Federal: suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal". Logo, enquanto o Senado não suspendesse a execução da lei, o juiz de primeira instância não estaria obrigado a submeter-se a decisão do Supremo Tribunal Federal. Fez inclusive que essa informação fosse afixada em diversos pontos do Fórum de Rio Branco.

Contra a denegação do pedido de progressão insurgem-se inúmeros condenados, vindo o Supremo a apreciar a Reclamação 4335. Após uma detalhada e sofisticada argumentação, o Ministro relator buscou demonstrar que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade vem passando por um longo processo de mutação, marcado pela ampliação da importância do sistema de controle concentrado em detrimento do controle difuso. Neste sentido, especialmente após a introdução do efeito vinculante em nosso sistema jurídico, a regra do artigo 52, X, ficou destituída de maior significado prático, tendo, portanto, ocorrido "uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto".[39] Esta mutação, evidentemente, consubstancia-se em novo direito constitucional, na medida em que é avalizada pelo Supremo Tribunal Federal.

É evidente aqui que a referida mutação afetou, ainda que minimamente, a relação entre os poderes, suprimindo uma competência privativa do Senado Federal e transferindo-a para o próprio Supremo Tribunal Federal. Não se trata, assim, de qualquer mudança constitucional, mas, sim, de uma alteração de dispositivo, a princípio, protegido pelo artigo 60, § 4º., inciso III, da Constituição Federal. Isso, evidentemente, se levarmos em consideração os precedentes do Supremo Tribunal Federal ao julgar casos de ofensa às cláusulas pétreas. Basta lembrar o caso da CPMF, em que o Supremo julgou inconstitucional a incidência do imposto sobre Estados e municípios, baseado no princípio da imunidade recíproca, por entender que era uma parte fundamental do princípio federativo.

Independentemente de nossa posição sobre o acerto ou erro do Supremo Tribunal Federal no julgamento desses casos, o que parece claro é que o Tribunal passou a se enxergar como dotado de poder constituinte reformador, ainda que a promoção das mudanças constitucionais não se dê com a alteração explícita do texto da Constituição.

Conclusão

Difícil julgar se o fenômeno da *supremocracia* é positivo ou negativo, ainda mais quando o discutimos no contexto de inúmeras decisões importantíssimas do Supremo.

Busquei, neste ensaio, concentrar a análise apenas sobre o aspecto institucional destas decisões, não discutindo o mérito das mesmas. Em um curto ensaio como este, meu objetivo foi apenas chamar atenção para o processo de expansão dos poderes do Supremo. O ponto aqui não é, portanto, avaliar se as decisões tem sido progressistas ou não, mas, sim, verificar a posição que vem ocupando o Supremo em nosso sistema político.

Sob esta perspectiva, seria adequado afirmar que, se, por um lado, a liberdade com que o Supremo vem resolvendo sobre matérias tão relevantes demonstra a grande fortaleza que esta instituição adquiriu nas duas últimas décadas, contribuindo para o fortalecimento do Estado de Direito e do próprio constitucionalismo, por outro, é sintoma da fragilidade do sistema representativo em responder as expectativas sobre ele colocadas[40]. Em um sistema em que os "poderes políticos parecem ter perdido a cerimônia com a Constituição"[41], nada pode parecer mais positivo do que o seu legítimo guardião exercer a sua função precípua de preservá-la. Porém, ainda que isso possa a ser visto como desejável, sabemos todos que esta é uma tarefa cheia de percalços. Não há consenso entre os juristas sobre como melhor interpretar a Constituição, nem tampouco em como solucionar as inúmeras colisões entre seus princípios. O que não significa que a tarefa não deva ser feita da forma mais racional e controlável possível, como nos sugere Hesse[42]. Há, no entanto, dificuldades que transcendem os problemas estritamente hermenêuticos derivados da aplicação de uma Constituição. Estas dificuldades referem-se à própria dimensão da autoridade que se entende adequada a ser exercida por um tribunal dentro de um regime que se pretenda democrático. Como aponta o próprio Ministro Celso de Mello, em uma república, nenhuma esfera de poder pode ficar imune a controles. Assim, há que se lutar pela "[...] progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder [...]"[43]. Evidente que não pretendo aqui propor controle de ordem eleitoral para o Supremo, mas, sim, uma racionalização de sua jurisdição e uma lapidação de seu processo deliberativo, de forma a restringir as tensões políticas inerentes ao exercício de uma jurisdição constitucional como a brasileira.

Entendo que algumas mudanças de natureza institucional são indispensáveis para que possamos reduzir o mal-estar *supremocrático* detectado neste texto. Em primeiro lugar, seria a redistribuição das competências do Supremo. Este não pode continuar atuando como corte constitucional, tribunal de última instância e foro especializado. Este acúmulo de tarefas, que, na prática, apenas se tornou factível graças à crescente ampliação das decisões monocráticas, coloca o Supremo e seus Ministros em uma posição muito vulnerável. Falsas denúncias e gravações ilegais são apenas uma demonstração de como a autoridade do tribunal pode ser ameaçada. É fundamental que o Supremo seja liberado de um grande número de tarefas secundárias, para exercer a sua função precípua de jurisdição constitucional. Isto não significa adotar o modelo europeu de controle de constitucionalidade, mas, sim, dar

seguimento a nossa experimentação institucional, que compõe o sistema difuso com o concentrado. Com a argüição de repercussão geral, o efeito vinculante e a súmula vinculante, o Supremo terá condição de redefinir a sua própria agenda e passar a utilizar do sistema difuso como instrumento de construção da integridade do sistema judiciário e promoção do interesse público.[44] Definitivamente, não é necessário analisar cada recurso extraordinário e, muito menos, cada agravo de instrumento que chega ao Tribunal todos os dias. Ao restringir a sua própria jurisdição, ao se autoconter, o Supremo estaria, ao mesmo tempo, reforçando a sua autoridade remanescente e, indiretamente, fortalecendo as instâncias inferiores, que passariam, com o tempo, a ser últimas instâncias nas suas respectivas jurisdições. É preocupante a posição de subalternidade a que os tribunais de segunda instância foram relegados no Brasil, a partir de 1988, quando as suas decisões passaram a ser invariavelmente objeto de reapreciação.

Com uma agenda bastante mais restrita de casos, o Supremo poderia melhorar a qualidade de seu processo deliberativo[45]. Em primeiríssimo lugar, deveriam ser restringidas, ao máximo, as competências de natureza monocráticas. A autoridade do Tribunal não pode ser exercida de forma fragmentada por cada um de seus Ministros. O fato de este ser um tribunal irrecorrível, e, portanto, aquele que corre o risco de errar em último lugar, impõe que as suas decisões sejam majoritariamente de natureza coletiva, o que somente será possível se o número de casos julgados cair de mais de cem mil por ano para menos de mil por ano.

Com a concentração de suas atividades no campo da jurisdição constitucional, com forte componente discricionário, o Tribunal, além de passar a decidir de forma apenas colegiada, também pode qualificar melhor o seu processo deliberativo. Hoje, o que temos é a somatória de 11 votos (que, em um grande número de casos, já se encontram redigidos antes da discussão em plenário) e não uma decisão da Corte, decorrente de uma robusta discussão entre os Ministros. Isto seria muito importante para que a integridade do Supremo, enquanto instituição colegiada, fosse mantida. Quando nos perguntamos qual a decisão do Supremo no caso das células-tronco, fica evidente que há uma multiplicidade de opiniões. Mesmo se pegarmos o voto do relator, que foi muito além da *questio iuris* submetida ao Tribunal, o que dali foi aceito pela maioria e o que não foi aceito? Quais são os efeitos precisos da decisão? Assim, as decisões precisam deixar de ser vistas como uma somatória aritmética de votos díspares. Na realidade, o que o sistema jurídico necessita são decisões que correspondam a um maior consenso decorrente de um intenso processo de discussão e deliberação da Corte. Evidente que sempre deverá haver espaço para votos discordantes e opiniões complementares, mas a maioria deveria ser capaz de produzir uma decisão acordada, um acórdão, que representasse a opinião do Tribunal. Isto daria mais consistência a decisões judiciais de grande impacto político.

Ainda no quesito deliberação, talvez fosse positivo que o Tribunal começasse a deliberar em pelo menos três etapas. Em um primeiro momento, deveriam ser selecionados os casos da jurisdição difusa a serem julgados no ano judiciário; os de jurisdição concentrada dariam entrada pela ordem de chegada. A transparência na construção da agenda é urgente. Em um segundo momento, seria aberto espaço, seja para as audiências públicas, seja para as sustentações orais, com a presença obrigatória dos Ministros. Posteriormente, teríamos as sessões de discussão e julgamento. Depois de tomada a decisão, aquele que liderou a maioria deveria ser incumbido de redigir o acórdão. Desnecessário que haja 11 votos apostados, muitos deles pouco acrescentando, quando não confundindo os jurisdicionados. Com um processo de deliberação mais consistente, o Supremo poderia ter tempo para o estabelecimento de estândares interpretativos mais claros, o que permitiria estabilizar sua própria jurisprudência, bem como a jurisprudência dos tribunais e juízes de primeiro grau.

Certamente, a redução das competências e a qualificação do processo de deliberação não irão, por si, resolver as dificuldade contra-majoritárias do Supremo, mas poderão dar mais integridade às suas decisões, reduzindo arestas que, em última instância, vulnerabilizam a própria autoridade do Supremo.

: **ARTIGO APROVADO (04/11/2008)** : *RECEBIDO EM 30/07/2008*

NOTAS

***** A formulação do argumento que agora apresento neste texto, deu-se por ocasião da aula inaugural do curso de pós-graduação em Direito do Ibemec-SP (2008), que honrosamente proferi a convite do Professor e amigo Jairo Saddi; também apresentei este trabalho no saboroso "Colóquio Vinte Anos da Constituição", realizado em Petrópolis, entre os dias 14 de 17 de Agosto, ao convite dos também queridos amigos Daniel Sarmento, Cláudio Pereira Souza Neto e Gustavo Binenbojm. Se não fosse o meu atraso este texto deveria constar da publicação resultante daquele colóquio. Agradeço, por fim, à DIREITO GV, por ter assegurado as condições para que o presente ensaio pudesse ser realizado.

****** Oscar Vilhena Vieira é Professor de Direito Constitucional da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, onde coordena o Programa de Mestrado em Direito e Desenvolvimento, Professor licenciado da Faculdade de Direito da PUC/SP, diretor jurídico da organização não-governamental Conectas Direitos Humanos, mestre em direito (LLM) pela Faculdade de Direito da Universidade de Columbia, Nova York, doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo, tendo realizado seus estudos de Pós-Doutoramento, no *Center for Brazilian Studies* da Universidade de Oxford, onde foi *Sergio Vieira de Mello Human Rights Fellow*, em 2007.

1 Barroso (1994); Rothenburg (1999); Vieira (1999); Sarmento (2000); Binenbjom (2001); Barcellos (2002); Ávila (2003); Sarlet (2004); Silva (2004).

2 Vieira (1994a); Sadek (1995); Vianna (1999); Costa (2001); Almeida (2006); Mendes (2008).

3 Arida; Bacha; Lara-Resende (2003); Pinheiro (2005).

4 Período brilhantemente capturado por Leda Boechat Rodrigues, precursora dos estudos sobre o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, publicou entre outros: *História do Supremo Tribunal Federal*, em quatro volumes, Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira; *Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1958; *Direito e Política*, Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 1977.

5 Ver Vieira (1994a).

6 Tate; Vallinder (1995); Shapiro; Sweet (2002).

7 Esta é a tese central de Hirschal (2004); Cooter (1996) também apresenta o argumento sobre porque a democracia se torna uma ameaça à logica de mercado.

8 Garapon (1996); ver também resenha do livro de Garapon realizada por Recoeur (2008).

9 Canotilho (2001).

10 Frank (1963).

11 Ver em especial voto do Justice Holmes em Lochner v. New York, 1905, pelo qual critica a maioria da corte por tomar uma posição ativista de proteção dos valores do liberalismo econômico.

12 Importante notar aqui a forte influência da ocupação americana na reconstitucionalização de países como a Alemanha e o Japão, ver Henkin (1994).

13 Cappelletti (1993).

14 Schwartz (2000).

15 Ver Baxi (1980) e Sathe (2007).

16 Gargarella (2006).

17 Kelsen (2003).

18 Lopes (2006, p. 30); Vieira (1994a, conclusão).

19 Garapon (1996).

20 O Tribunal estaria em algumas circunstâncias indo além do papel construtivo inerente a interpretação de cláusulas abertas do texto constitucional, como reconhecido por Doworkin (1985).

21 Dahl (1989, pp. 65 et seq.).

22 Sarney (2008).

23 Sarmento (2006).

24 Empresto a expressão "obsessão regulatória" do Professor Humberto Ávila, que a empregou no Colóquio Vinte anos da Constituição, realizado em Petrópolis, entre os dias 14 de 17 de Agosto.

25 Vieira (1999).

26 Ver em especial Virgílio Afonso da Silva e Gustavo Binenbojm.

27 Para uma análise pormenorizada das conseqüências da expansão dos atores legitimados a propor ações diretas de inconstitucionalidade ver Vianna et alli (1999).

28 Almeida (2006).

29 RENAN (2007).

30 Veríssimo (2008).

31 Idem.

32 Os casos do ProUni, relativo a ação afirmativa, Raposa Serra do Sol, referente à demarcação de terras indígenas ou aborto de fetos anencéfalus também se encontram nesta esfera da jurisdição do Supremo, que se coloca como arena de discussão pública, que se substitui ao parlamento/executivo na adoção da última palavra em temas de alta relevância político-moral.

33 Ver Vieira (1994b). Para uma contestação da tese da última palavra ver excelente trabalho de Conrado Hubner, por ocasião de sua tese de Doutoramento na FFLCH-USP, 2008.

34 De acordo com o Ministro Celso de Mello este seria o mais importante julgamento da história do Supremo Tribunal Federal

35 Barbosa (1999, p. 179).

36 Para este câmbio de legitimidade, ver Offe; Preuss (1990).

37 Kelsen (2003).

38 MS 26.603/DF, voto do Ministro Celso de Mello, p50; agradeço ao meu querido amigo Daniel Sarmento por ter me chamado a atenção para esta passagem.

39 Reclamação 4335-5/Acre, voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, p. 52.

40 Neste ponto poderia ser contestado por Figueiredo e Limongi (1999), ao buscarem desmistificar a idéia de que o sistema representativo não tem sido capaz de corresponder às suas atribuições.

41 Entrevista a mim concedida, por ocasião da reedição de *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*, 1997.

42 Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estúdios Constitucionales, Madri, 1983.

43 ADI no. 239-7/600, referente a reedição das medidas provisórias.

44 Teria sido mais adequado que a utilização da expressão “argüição de relevância”, pois os casos individuais podem muito bem trazer questões de máxima importância pública.

45 Muito do que penso sobre qualificar o processo deliberativo do STF devo a Conrado Hübner, que está realizando seu doutorado sobre este tema na Universidade de Edimburgo. A ele sou grato pelo longo e frutífero diálogo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Eloísa Machado de. *Sociedade civil e democracia:* a participação da sociedade civil como amicus curiae no Supremo Tribunal Federal. São Paulo, 2006. Dissertação (mestrado em direito). Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

ARIDA, Persio; BACHA, Edmar Lisboa; LARA-RESENDE, André. Credit, Interest, and Jurisdictional Uncertainty: Conjuctures on the Case of Brazil. In: GIAVAZZI, Francesco; GOLDFAJN, Ilan; HERRERA, Santiago (orgs.). *Inflation Targeting, Debt and the Brazilian Experience*, 1999 to 2003. Cambridge (MA): MIT Press, 2003, pp. 193-222.
ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.
BARBOSA, Rui. O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira. In: *Pensamento e Ação de Rui Barbosa*. Senado Federal: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999.
BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Amplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.
BAXI, Upendra. *The Indian Supreme Court and Politics*. Delhi: Eastern Book co., 1980.
BINENBJOM,Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensa?o das normas constitucionais programa?ticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.
COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania*. São Paulo: Instituto de Estudos Juri?dicos e Econômicos, 2001.
COOTER, Robert D. The Rule of State Law Versus the Rule-of-Law State: Economic Analysis of the legal Foundations of Development. In: *Word Bank Conference on Development Economics*. Washington: DC World Bank, 25 de abril de 1996, p. 37.
DAHL, Robert Alan. *Democracy and its Critics*, New Haven: Yale University Press, 1989.
DOWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985.
FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na Ordem Constitucional Brasileira.* Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.
FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. New York: Anchor Books Anchor Books, Doubleday & Co., 1963.
GARGARELLA, Roberto. *Courts and Social Transformation in New Democracies*: an institutional voice for the poor? London: Ashgate, 2006.
GARAPON, Antoine. *O guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
HENKIN, Louis. A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic defects. In: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, identity, difference, and Legitimacy*: theoretical perspectives. Durham: Duke University Press, 1994.
HIRSCHAL, Ran. *Towards juristocracy*: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2004.
KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais* – teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.
MENDES, Conrado Hubner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2008.
OFFE, Claus; PREUSS, Ulrich K. Democratic Institutions and Moral Resources. In: HELD, David (Ed.) *Political Theory Today*. Polity Press, Oxford, 1990.
HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional.* Madri: Centro de Estúdios Constitucionales, 1983.
PINHEIRO, Armando Castelar (org.). *Reforma do Judiciário*: planos, propostas e perspectivas. Rio de Janeiro: Booklink Publicações, 2005.
RECOEUR, Paul. *O Justo*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, v. 2, p. 183.
RENAN escapa de cassação no plenário do Senado. *Folha de São Paulo,* São Paulo, 12 de setembro de 2007. Caderno Brasil. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u327862.shtml.
RODRIGUES, Lêda Boechat. *A côrte suprema e o direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
______. *Direito e Política*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1977.
______. *História do Supremo Tribunal Federal*, 4 v. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, [s.d.].
ROTHENBURG, Cláudio. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
SADEK, Maria Tereza. *Uma Introdução ao Estudo dos Juízes*. São Paulo: Sumaré, 1995.
SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2000.
______. Ubiqüidade Constitucional: os dois lados da moeda. In: *Revista de Direito do Estado*, v. 2, 2006.
SARNEY, José. O Supremo Tribunal Federal. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 7 de setembro de 2008, p. A3.
SATHE, S.P. *Judicial Activism in India*: Transgressing Borders and Enforcing Limits. Delhi: Oxford University Press, 2007.
SCHWARTZ, Herman. *The Struggle for Constituional Justice in Post-Comunist Europe*. Chicago: Chicago University Press, 2000.
SHAPIRO, Martin M.; SWEET, Alec Stone. *On Law, Politics, & Judicialization*. Oxford; New York : Oxford University Press, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*. Edição do autor, 2004.
TATE, C. Neial; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.
VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e 'ativismo judicial à brasileira'*. *Revista DIREITO GV*, volume 4, número 2, jul.-dez. 2008.
VIANNA, Luiz Wernek. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
VIEIRA, Oscar Vilhena. *O Supremo Tribunal Federal:* Jurisprudência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
______. Império da Lei ou da Corte? *Revista da USP*, Dossiê Judiciário, 21, Mar-Mai, 1994b, pp. 70-77.
______. *A Constituição e sua Reserva de Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

Oscar Vilhena Vieira

Rua Rocha, 233 – 11º andar
Bela Vista – 01330-000
São Paulo – SP – Brasil
oscar.vilhena@fgv.br

Pós-doutor pelo Centre for Brazilian Studies da Universidade de Oxford
Professor e coordenador do programa de mestrado em direito e desenvolvimento da DIREITO GV

MINISTROCRACIA

O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro[I]

http://dx.doi.org/10.25091/S01013300201800010003

Diego Werneck Arguelhes[*]
Leandro Molhano Ribeiro[**]

RESUMO

Neste artigo, mapeamos como a ação de um ministro do STF pode influenciar o processo político decisório. Propomos uma visão ampliada dos mecanismos pelos quais tribunais atuam sobre a dinâmica política, mostrando que, no STF, a alocação desses poderes é individualizada e descentralizada. Neste cenário, que chamamos de "ministrocracia", a política constitucional se torna errática, criando problemas para a justificação do poder do tribunal em um regime democrático.

PALAVRAS-CHAVE: *Supremo Tribunal Federal; processo decisório; desenho institucional; poderes individuais; controle de constitucionalidade.*

Ministrocracy: The Individual Supreme Court in Brazilian Democracy

ABSTRACT

In this paper, we map how the behavior of a Supreme Court judge can influence the political process. We offer an expanded framework of judicial powers to shape the behavior of political actors, and demonstrate how the Brazilian Supreme Court allocates these powers in an individualistic and decentralized way. In this scenario, which we label "ministrocracy", constitutional politics becomes erratic, creating problems for the justification of the court's power in a democratic regime.

KEYWORDS: *Brazilian Supreme Court; judicial decision-making; institutional design; individual powers; constitutional review.*

O Supremo Tribunal Federal (STF) esteve no centro da crise política nos últimos anos. O processo de impeachment de Dilma Rousseff, a Operação Lava Jato e suas implicações para garantias constitucionais, as manobras legislativas de Eduardo Cunha, as reformas do governo Temer—tudo foi em algum momento decidido, adiado, moldado de alguma forma pelo STF. Há quase dez anos, em período de estabilidade política, já se apontava para a construção de uma "supremocracia" no Brasil (Vieira, 2008). Os últimos anos, porém, deixam transparecer um aspecto diferente do problema. Em vários momentos críticos, o poder judicial foi exercido individual-

[*] Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito Rio), Rio de Janeiro, RJ, Brasil. E-mail: diego.werneck@fgv.br.

[**] Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito Rio), Rio de Janeiro, RJ, Brasil. E-mail: leandro.ribeiro@fgv.br.

[1] Agradecemos a Evandro Süssekind, Luiz Gomes Esteves, Marcio Grandchamp, Mariana Mota Prado, Mario Brockmann Machado, Rogério Arantes, Thomaz Pereira e

mente por ministros do STF, sem participação relevante do plenário da instituição ou até mesmo contra ele.

Por liminar individual, o ministro Gilmar Mendes suspendeu a nomeação de Lula como ministro da Casa Civil de Dilma Rousseff; o ministro Luiz Fux suspendeu e mandou reiniciar, na Câmara, a tramitação do pacote das "10 medidas contra a corrupção"; o ministro Marco Aurélio determinou à presidência da Câmara que desse prosseguimento a um pedido de impeachment contra o então presidente interino Michel Temer. Tecnicamente, como liminares monocráticas, essas e outras decisões individuais do período seriam precárias, excepcionais e dependentes de confirmação do plenário em um futuro próximo. Na prática, porém, ou o plenário sequer chegou a se manifestar sobre essas e outras liminares monocráticas de grande magnitude política ou, quando o fez, a decisão individual já havia alterado decisivamente o *status quo.* A crise política deixou evidente que os ministros têm grandes recursos para evitar, emparedar ou mesmo ignorar o plenário (Falcão; Arguelhes, 2017). Em vários momentos importantes, a política nacional foi, em boa medida, moldada por ações judiciais estritamente individuais, que não chegaram a passar (ou não passaram em tempo hábil) pelo Supremo como instituição colegiada.

Liminares individuais são a face mais visível do problema. Não esgotam, porém, os recursos que os ministros do Supremo têm para afetar a política. Utilizando seu poder de pedir vista, o ministro Gilmar Mendes controlou por vários meses o andamento, no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), do processo de cassação da chapa Dilma/Temer, enquanto novas revelações da Lava Jato tornavam mais crítica a situação de Dilma Rousseff e sua relação com o Congresso ("Quem é Gilmar Mendes", 2017).[2] Durante o processo de impeachment, o então presidente do Supremo, ministro Lewandowski, declarou à imprensa que ainda estava em aberto se o tribunal entraria ou não no mérito da decisão final do Senado (M. Falcão, 2016). Seja controlando a agenda do tribunal, seja com simples declarações públicas sobre potenciais decisões futuras, a ação individual de ministros dissuadiu, encorajou ou até viabilizou algumas estratégias de atores políticos.

Na conjunção desses dois aspectos—atuação judicial sobre a política que é *individual* (independente de manifestações do colegiado) e às vezes *informal* (independente até mesmo de decisões judiciais)—há um fenômeno mais geral a ser explorado. Quando analisou o que chamou de "supremocracia", Vieira (2008) descreveu a concentração de poderes nas mãos do STF *como instituição*. Enfocava *decisões colegiadas* como a unidade de análise do poder de que o tribunal dispunha e da influência política que poderia ter. Da mesma forma, a literatura existente sobre judicialização da política enfoca decisões coletivas. Mesmo quando as unidades de análises são os votos individuais dos

aos dois pareceristas anônimos por comentários a uma versão anterior deste trabalho. Agradecemos também a Ivar A. Hartmann pelos dados inéditos aqui utilizados. Algumas das ideias desenvolvidas aqui foram apresentadas originalmente no encontro de junho de 2017 do Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA), em Quito, Equador. Gostaríamos de agradecer aos participantes do evento pelos comentários, em especial Andrea Pozas-Loyo, Conrado Hübner Mendes, Eliezer Gomes da Silva e Jamal Greene.

[2] Redação Terra, "Quem é Gilmar Mendes, dono do voto de minerva que absolveu Temer", *Terra,* 09 de junho de 2017. Disponível em: https://www.terra.com.br/noticias/brasil/quem-e-gilmar-mendes-dono-do--voto-de-minerva-que-absolveu-temer,e4597b04d151d58ec815cb76c4f8712cbns62ewa.html

ministros, a premissa é que essas posições individuais só poderão afetar o mundo fora do tribunal após serem agregadas, em um processo decisório interno, em votos vencidos e vencedores (p. ex.: Oliveira, 2012a; 2012b).

Contudo, o foco nas decisões colegiadas, embora necessário, não é suficiente para uma compreensão plena e precisa do papel dos juízes na política brasileira. Neste artigo, mapeamos e discutimos as principais maneiras pelas quais a ação individual pode ser condição suficiente para influenciar o processo político decisório ao redor do STF. Na primeira parte, propomos uma visão ampliada, para além das decisões formais, dos mecanismos pelos quais tribunais atuam sobre a dinâmica política, identificando de que maneira esses poderes podem ser alocados em instituições judiciais colegiadas: *tomada de decisão*, *sinalizações públicas* e *definição de agenda*. No desenho institucional de um dado tribunal, cada um desses poderes pode ser exercido *coletivamente* (i. e., só pode ser utilizado por meio de uma decisão colegiada) e/ou *individualmente* (i. e., a atuação de um único ministro é condição suficiente para utilizar esse poder). Alocações individuais, por sua vez, podem ser *centralizadas* (vinculadas a uma posição institucional fixa, conhecida de antemão na arquitetura da instituição e válida para um grande conjunto de casos, como a de presidente do tribunal) ou *descentralizadas* (qualquer ministro pode em princípio exercer esse poder).

Na segunda parte, reconstruímos o STF como um caso de desenho institucional particularmente individualizado e descentralizado. Diversos exemplos recentes ilustram como a ação individual dos ministros, por meio dos poderes discutidos na primeira seção, tem sido decisiva para a política constitucional brasileira. Não se trata aqui de testar quantitativamente quaisquer hipóteses prévias sobre como são usados os poderes individuais dos ministros do STF, mas sim de utilizar casos qualitativamente importantes para a política nacional para teorizar sobre a capacidade individual dos ministros de influenciar o *status quo* legislativo. Apontamos em especial para a interação entre poderes de agenda e de decisão individual no funcionamento do STF: como relatores dos processos combinam o poder de decidir liminares monocráticas *e* o poder de liberar ou não essas liminares para apreciação das turmas e do plenário, cria-se um espaço, politicamente relevante, de decisão individual sem controle coletivo. Argumentamos que em alguns casos muito importantes essa combinação tem sido funcionalmente equivalente ao que chamamos de "*judicial review* individual", com ministros realizando o controle de constitucionalidade sem qualquer controle efetivo pelo plenário.

Na terceira parte, discutimos implicações desse cenário para o processo democrático. A atuação individual descentralizada torna a política constitucional errática, ao vinculá-la às preferências de juízes

que não necessariamente refletem a posição institucional do tribunal como ator coletivo. Em qualquer tribunal, decisões judiciais são, ao menos em parte, contingentes às preferências de seus integrantes. No entanto, tipicamente, mecanismos internos de agregação de preferências (p. ex., uma votação majoritária entre os juízes) tornam o resultado final relativamente previsível para uma dada composição do tribunal. No caso do Supremo, porém, essa relativa estabilidade é constantemente erodida pela ação individual, que enfraquece a correlação esperada entre vitórias eleitorais, oportunidade de indicação de ministros e formação da jurisprudência constitucional ao longo do tempo. Mais ainda, a ação individual no Supremo ilustra na prática a possibilidade de um tipo de *contramajoritarismo interno* dentro do próprio tribunal, aumentando o risco de captura desses agentes independentes e gerando problemas para a legitimação da atuação judicial contramajoritária na política de forma mais geral.

TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO DECISÓRIO DEMOCRÁTICO

Que poderes os tribunais têm?

Assumir que um tribunal constitucional é um ator relevante é considerar que ele pode se constituir como um ator de veto no processo político decisório, cuja concordância é necessária para a alteração ou manutenção do *status quo* (Tsebelis, 2002; Brouard; Hönnige 2017).[3] Sendo um ator relevante, as preferências do tribunal constitucional são levadas em consideração no cálculo político dos demais atores que participam do processo decisório. Assim, uma ideia-chave para compreender a atuação de tribunais constitucionais na política diz respeito ao comportamento estratégico dentro e fora do tribunal. No primeiro caso, a observação das preferências potenciais do tribunal acarreta um conjunto de considerações estratégicas tanto daqueles atores que fazem parte da maioria (que pode ser os que exercem o governo) como daqueles na minoria (ou que estão na oposição).

Tribunais constitucionais podem ter um impacto legislativo imediato, direto e formal sobre as decisões legislativas, vetando-as totalmente ou invalidando-as parcialmente. Essa possibilidade de atuação direta, porém, abre espaço para efeitos indiretos sobre o comportamento de atores fora do tribunal. A ameaça crível de decisão judicial futura (gerada pelo comportamento passado do tribunal) cria uma espécie de efeito pedagógico e indireto de retroalimentação (*feedback*) sobre o próprio processo legislativo (Sweet,2000; Whittington, 2005; Epstein; Knight, 1998; Taylor, 2008),[4] conforme atores políticos percebem esses incentivos para adaptar sua produção normativa e estratégias de ação levando em conta as preferências do tribunal (Sweet, 2000).[5] Por outro lado, também é possível haver comportamento estratégico e antecipação

[3] Essa é a definição de ator de veto de Tsebelis (2002). Na aplicação dessa definição aos tribunais constitucionais, porém, Tsebelis os considera "absorvidos" no espaço de preferência de outros atores do sistema político (basicamente devido aos mecanismos de indicação política de seus juízes). Com isso, não os encara, a princípio, como atores com poder de veto. Para uma discussão crítica a respeito e uma análise empírica com evidências contrárias à hipótese de absorção, ver Brouard e Hönnige (2017).

[4] Essa ideia está presente em diversos estudos sobre tribunais constitucionais, desde estudos sobre judicialização da política (Sweet, 2000) e regimes políticos (Whittington, 2005) a estudos sobre comportamento judicial (Epstein; Knight, 1998). Para uma análise no caso brasileiro, ver Taylor (2008).

[5] A possibilidade de o tribunal ser mais ou menos deferente à maioria dependerá, além das distância das preferências dos juízes em relação à maioria, do grau de independência para agir em relação aos demais atores políticos. Isso pode levar a um ajuste ou adaptação da atuação do próprio tribunal, e sua decisão estaria em algum ponto de interseção entre suas próprias preferências e as dos atores da maioria. Ver Sweet (2000).

dentro do tribunal. Por exemplo, os juízes podem evitar decisões muito conflitantes com as preferências da maioria governante para evitar retaliação (Epstein e Jacobi, 2010; Epstein, Knight e Martin, 2001; Ribeiro; Arguelhes, 2013).[6] Aqui, a variável-chave são os poderes que os políticos têm, em princípio, para ameaçar os tribunais. A direção da decisão judicial (ou das considerações estratégicas dos demais atores) dependerá das preferências do tribunal frente ao seu grau de independência dado pelo desenho institucional, o que, por sua vez, dependerá da configuração institucional do processo decisório interno do tribunal vigente.

[6] Ver Epstein e Jacobi (2010) e Epstein, Knight e Martin (2001). Para uma discussão sobre o caso do STF, ver Ribeiro e Arguelhes (2013).

Como se formam, fora do tribunal, essas percepções sobre a probabilidade, direção e intensidade de decisões judiciais futuras? Decisões passadas são um *proxy* importante das preferências de uma dada composição da corte (Sweet, 2000). Contudo, embora o poder de *decidir* seja a expressão prototípica do poder judicial, decisões judiciais formais nos dão uma visão incompleta de como tribunais e juízes influenciam a política. Se é verdade que a simples ameaça de uma decisão judicial futura pode ser suficiente para moldar o comportamento de atores fora do tribunal, qualquer mecanismo pelo qual um juiz ou tribunal module a percepção desses atores já pode influenciar seu comportamento. É preciso levar em conta, portanto, o poder de *sinalizar*, fornecendo informações sobre o que esperar de decisões futuras. Da mesma forma, qualquer mecanismo que torne mais ou menos provável que o tribunal de fato decida uma questão também afetará, indiretamente, o *status quo* legislativo e o comportamento dos atores políticos. Ou seja, é preciso levar em conta o poder de *definir a agenda*.

Sinalizações sobre decisões judiciais futuras mudam os custos esperados de determinados cursos de ação, alterando cálculos e comportamentos, por diversos meios formais e informais. A manifestação mais clara e extrema do poder de sinalização seria uma mensagem oficial pública do tribunal, antes que um conflito surja, já antecipando a posição que tomará se e quando provocado. Mas há variações mais sutis. A fala de um ministro em uma palestra ou entrevista, oficial ou não, pode ser interpretada como expressão de simpatia por uma determinada posição, encorajando ou desencorajando o ajuizamento de certos tipos de ação e o uso de certos tipos de argumento (Bulla; Aguiar, 2016; "Gilmar Mendes chama Tribunal Superior do Trabalho de 'laboratório do PT'", 2017; "Impeachment foi 'tropeço da democracia', diz Lewandowski", 2016).[7] O discurso oficial do presidente do tribunal ou mesmo um comentário lateral feito a jornalistas após uma sessão pode indicar insatisfação e resistência judicial futura com o desenrolar de algum plano de ação no Congresso (Arguelhes; Ribeiro, 2015; Davis, 2011).[8] Essas formas de sinalização têm pesos e alcances distintos, mas, em alguma medida, sempre tomam de emprestado a autoridade da decisão futura para informar (e influenciar) hoje os cálculos dos atores políticos.

[7] Entre muitos exemplos possíveis, em variados contextos, ver as reportagens: Bulla e Aguiar (2016), "Gilmar Mendes chama Tribunal Superior do Trabalho de 'laboratório do PT'" (2017) e "Impeachment foi 'tropeço da democracia', diz Lewandowski" (2016).

[8] Em diversos estudos de *judicial politics*, a imprensa é tipicamente vista como uma arena na qual *a instituição* tem oportunidades para fortalecer sua legitimidade e aumentar os custos de retaliação ou desobediência por parte de outras intituições (p. ex., Staton, 2010). Ou seja, assume-se que a instituição age coletivamente e que seus membros compartilham os mesmos objetivos quando se trata de preservar e aumentar a autoridade do tribunal.

O poder de *definir a agenda* envolve escolher quando julgar um dado tema ou caso, habilitando ou impedindo decisões judiciais em momentos específicos (Epstein; Knight; Shvetsova, 2001; Ginsburg, 2003; Fontana, 2011).[9] No direito constitucional comparado, a discussão sobre mecanismos de controle de *timing* tem enfatizado, sobretudo, os mecanismos *formais* pelos quais tribunais escolhem que casos julgar (e, com isso, indiretamente determinam quando determinadas questões serão decididas) (Fontana, 2011).[10] Entretanto, independentemente desses poderes formais, a variável que mais afeta a liberdade de o tribunal formar sua agenda é, na prática, se o tribunal está ou não obrigado a decidir (ou, no mínimo, a decidir se decide, como no caso da Suprema Corte dos EUA) dentro de um determinado prazo. Se essa obrigação não existe ou não vincula o tribunal na prática, possuir ou não o poder formal de rejeitar casos se torna pouco relevante (Arguelhes; Hartmann, 2017).[11] Afinal, um tribunal sem prazo sequer para decidir se decide pode simplesmente permanecer em silêncio—às vezes durante anos—sobre uma questão inconveniente, mesmo sem poder formalmente dizer que não a decidirá.[12]

Quaisquer que sejam os mecanismos utilizados pelo tribunal para definir o que decidirá, modular o *timing* de uma decisão pode afetar o seu próprio resultado de ao menos três maneiras não excludentes: 1. alterando o contexto político de tomada de decisão e, com isso, a probabilidade de reação ou retaliação de partes derrotadas; 2. interagindo com os mecanismos de indicação para o tribunal, fazendo com que uma composição diferente (possivelmente com preferências diferentes) venha a decidir a questão; 3. por meio do simples silêncio judicial, produzindo fatos consumados e aumentando assim os custos de uma decisão judicial futura que contrarie esses fatos. Para além dos seus efeitos sobre o conteúdo da decisão futura, porém, e independentemente dela, mecanismos de definição de agenda podem afetar o comportamento de atores políticos. Podem sinalizar a (falta de) disposição do tribunal em decidir sobre um determinado assunto, mantendo o *status quo* inalterado apesar dos protestos de uma minoria política. É nessa perspectiva—do seu impacto tanto sobre a substância da decisão futura quanto nos cálculos de atores fora do tribunal—que equiparamos o poder de definir a agenda ao poder de decidir.

Alocação interna, efeitos externos

Na perspectiva ampliada que propomos, portanto, os desenhos institucionais de tribunais diferentes incluirão variados mecanismos para *decidir, sinalizar* e *definir agenda*. Também é preciso considerar de forma ampliada, porém, não apenas o tipo de poder a ser alocado, mas a própria forma de alocação dentro do tribunal. Tipicamente, assumimos que o exercício do poder judicial será

[9] Assumimos que, assim como políticos e independentemente das muitas diferenças entre o comportamento desses atores, juízes são também atores estratégicos, que modularão sua posição ideal sobre um dado tema a partir de informações sobre o comportamento futuro (incluindo retaliações) de atores políticos com relação suas decisões. Essa premissa tem implicações também para a formação da agenda do tribunal, e escolher os casos certos para o momento político certo é decisivo para o desenvolvimento e manutenção do poder de tribunais constitucionais. Ver Epstein, Knight e Shvetsova (2001), Ginsburg (2003) e Fontana (2011).

[10] Entretanto, mesmo tribunais que não possuem controle discricionário sobre quais casos julgarão (*docket control*) tendem a desenvolver algum tipo de mecanismo ou estratégia indireta para evitar se pronunciar sobre questões difíceis em momentos inconvenientes ou perigosos. Ver Comella (2004).

[11] Ver Arguelhes e Hartmann (2017) para uma interpretação possível do STF como um tribunal desse tipo.

[12] Nessa completa ausência de prazo para a tomada de decisão, surgem inevitáveis suspeitas e críticas quanto ao reais critérios utilizados pelo tribunal e seus membros para selecionar quais casos serão de fato decididos. Ver, por exemplo, Dimoulis e Lunardi (2015) e Arguelhes (2016).

de alguma forma resultado de uma ação *do tribunal*, formada por algum tipo de mecanismo de agregação que filtrará as posições individuais de cada membro até que se produza a posição *da instituição* ou, no mínimo, *da maioria* de seus membros. Essa premissa, porém, não reflete a diversidade de arranjos possíveis na prática, como o caso do Brasil ilustra bem. Em particular, o que ocorre quando poderes de decisão, agenda e sinalização são alocados a ministros individuais, permitindo que atuem sozinhos no processo decisório fora do tribunal?[13]

Os poderes de agenda, decisão e sinalização podem ser alocados de maneiras *coletivas, individuais centralizadas* e *individuais descentralizadas.* Alocações coletivas colocam uma votação majoritária de algum tipo como condição necessária e suficiente para deflagrar um dos poderes mencionados acima. Alocações individuais, em contraste, dependem da ação de um único ministro. Quando essa ação está restrita a um ministro em uma posição institucional específica, falamos em uma ação individual *centralizada.* Essa centralização ocorre em torno de funções que apenas um ministro pode ocupar dentro do tribunal de cada vez—por exemplo, decano ou presidente do tribunal ou de uma das turmas. Por outro lado, quando esse poder pode, em princípio, ser exercido por qualquer ministro, falamos em alocação individual *descentralizada.* São descentralizados os poderes disponíveis, em princípio, aos ministros pela simples condição de ministros, ainda que, em processos específicos, o exercício desse poder seja exclusivo de um ministro (como é o caso dos poderes do relator do processo). Distinções adicionais poderiam ser feitas, mas a diferença chave entre as duas grandes categorias que propomos—alocações centralizadas ou descentralizadas—é que apenas a primeira se refere a uma posição institucional que um ministro ocupa formalmente *no tribunal*, e não apenas para este ou aquele processo.[14]

Essas variações internas podem produzir diferentes efeitos externos. Em trabalho anterior, analisamos algumas situações nas quais, no caso do Supremo, um único ministro pode atuar "carregando" e antecipando, com efeitos imediatos, a autoridade da decisão futura do tribunal (Arguelhes; Ribeiro, 2015). Assim como há variação nos poderes disponíveis aos colegiados do STF dependendo do tipo de questão a ser judicializada (p. ex., quem tem legitimidade ativa para provocar a jurisdição do tribunal ou quais os efeitos da decisão do tribunal ao final do processo), é possível que certos poderes sejam alocados de formas diferentes dependendo do tema e/ou do tipo de processo. Para além do processo decisório interno do tribunal, a complexidade desses arranjos cria oportunidades para ação individual sobre a política. No limite, como veremos a seguir,

[13] Sem chegar a explorar as maneiras pelas quais esses poderes podem equivaler a decisões, Graber (2013) criticou recentemente a pouca ênfase dada à ação ou ao comportamento individual de juízes nas análises sobre cortes supremas, mesmo quando esses juízes exercem algum tipo de poder de agenda ou de veto por sua posição institucional (por exemplo, como presidentes do tribunal).

[14] Alocações descentralizadas poderiam ser ainda divididas em *exclusivas* (o exercício do poder por um ministro exclui o seu uso por outros—por exemplo, no Supremo, só o relator pode exercer certos poderes, embora qualquer ministro possa, em princípio, ser o relator em um dado processo)—ou *concomitantes* (todos os membros do tribunal podem, em qualquer processo, lançar mão desse poder; é o caso, por exemplo, do poder de pedir vista no Supremo Tribunal Federal).

certas alocações internas acabam permitindo que as preferências de um único ministro moldem o processo político, na prática, com o mesmo peso institucional do tribunal.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA SOMA DE INDIVÍDUOS PODEROSOS?

A Constituição de 1988 desenhou um STF poderoso. Com amplos canais de acesso à jurisdição constitucional por parte de uma série de atores políticos e sociais, somados a uma longa lista de competências, é muito provável que o tribunal tenha a chance de se manifestar, talvez até em tempo real, sobre qualquer tema recém-aprovado ou na ordem do dia no Congresso. Além disso, generosas garantias de independência individuais e institucionais tornam muito alto o custo para retaliar decisões do tribunal. Por cima desse desenho original, sucessivas gerações de ministros vêm expandindo, por interpretações às vezes controversas, o alcance desses poderes e dessas garantias. Por fim, um texto constitucional bastante extenso, combinando tanto claúsulas vagas com conteúdo moral e uma série de regulações detalhadas e pontuais de vários aspectos da administração pública e das relações entre cidadão e Estado, encoraja a judicialização e dá aos ministros parâmetros bastante ampliados de atuação. Esses fatos sobre o STF são bastante conhecidos (Arguelhes; Ribeiro, 2016).[15] Mas como diferentes recursos para influenciar o comportamento de atores políticos, nos termos deste artigo, são alocados dentro do Supremo?[16]

Definição de agenda

Os poderes de agenda estão fragmentados e distribuídos em níveis individuais distintos. Um caso só pode ser de fato julgado por uma das turmas ou levado para o plenário para decisão após o relator ter liberado o caso para julgamento *e* o presidente do tribunal ter incluído o caso em pauta; dentre esses dois mecanismos, o primeiro expressa um poder individual descentralizado e o segundo expressa um poder individual centralizado na figura institucional do presidente.[17] Contudo, mesmo após esses dois mecanismos convergirem para iniciar um julgamento, cada ministro do Supremo tem, na prática, um poder de veto sobre a agenda, que pode ser acionado a qualquer momento após o voto do relator: os pedidos de vista.[18] Formalmente, pedidos de vista ocorrem para que o ministro estude os autos do processo em detalhes e, segundo o regimento, estão sujeitos a um prazo que já foi de quase um mês e, hoje, é de cerca de duas semanas. Contudo, na média, os casos ficam mais de um ano com os ministros—alguns chegam a ficar mais de uma década. Esses longos atrasos não produzem consequência negativa visível para os ministros. Mesmo em casos de grande visibilidade, há registros de pedidos de vista usados para adiar uma decisão inclusive

[15] Para uma discussão mais detalhada dessas dimensões, ver Arguelhes e Ribeiro (2016).

[16] Em princípio, todas as dimensões descritas nesse parágrafo poderiam variar também quanto aos ministros individualmente considerados: quem acessa sua jurisdição individual, que mecanismos têm para exercer poder e quais garantias possuem contra retaliação.

[17] Ver, p. ex, arts. 21, X e 128, §2º do Regimento Interno do STF (RISTF) e Dimoulis e Lunardi (2008).

[18] Ver, p. ex., art. 134 do RISTF.

quando já havia maioria formada *contra* quem pediu a vista (Arguelhes; Hartmann, 2017).[19]

[19] Para uma análise detalhada dos pedidos de vista como influência individual sobre a agenda do STF, ver Arguelhes e Hartmann (2017).

Na prática, portanto, para que possa haver uma decisão, é preciso que: 1. o relator libere o caso; 2. o presidente inclua o caso em pauta; e 3. nenhum dos outros ministros decida pedir vista para impedir a conclusão do julgamento. Cada um desses diferentes mecanismos de poder de agenda é, na prática ainda que não na teoria, discricionário (Dimoulis; Lunardi, 2008; 2016; Verissimo, 2008; Arguelhes; Hartmann, 2017.). Qualquer um desses atores pode resolver, por qualquer motivo, impedir que o tribunal tome uma decisão. Como ocorre com qualquer outro exercício de poder judicial, certas variáveis informais podem limitar o uso desses poderes—crenças profissonais internalizadas sobre o papel dos juízes no colegiado, pressão dos pares, críticas da comunidade profissional ou da imprensa.[20] Esses possíveis limites ainda não foram sistematicamente estudados. Quaisquer que sejam, porém, não têm sido capazes de limitar o controle individual de agenda em casos de alta repercussão. Vale notar ainda que, devido ao vasto número de casos que o Supremo recebe e julga a cada ano, a comunidade profissional, a imprensa e os próprios colegas de tribunal só conseguem acompanhar um conjunto muito limitado de usos de poderes individuais de agenda.

[20] J. Falcão (2013), por exemplo, narra como o acompanhamento da imprensa influenciou a decisão, do relator e do presidente, de iniciar o julgamento da Ação Penal nº 470 (o "Mensalão") em 2012.

A ausência de prazos vinculantes para o uso desses poderes de agenda os transforma em eficazes mecanismos individuais de interferência no *status quo,* encorajando e viabilizando comportamentos políticos que dependem da manutenção ou alteração desse estado de coisas.[21] Considere, por exemplo, as ações propostas por Dilma Rousseff, durante e depois do seu impeachment, contestando diretamente a constitucionalidade de seu julgamento pelo Senado (MS 34.193/2016; MS 34.371/2016; MS 34.441/2016). Rousseff foi oficialmente removida em 31 de agosto de 2016, e, no momento de elaboração deste artigo, essas ações sequer foram liberadas para pauta por seus respectivos relatores. Enquanto isso, a política se consolidou sobre o fato do impeachment: eleições municipais ocorreram, emendas constitucionais de alto impacto foram propostas pelo presidente Temer e aprovadas pelo Congresso e até um novo ministro do STF foi indicado e nomeado por um governo que permaneceria, em tese, *sub judice* no tribunal. Mesmo assumindo, realisticamente, que seria improvável que uma maioria no Supremo anulasse o julgamento após o Senado ter removido Dilma do cargo, o completo silêncio judicial transformou o que era improvável em princípio em impossível na prática. O silêncio judicial por controle negativo de agenda poupa os ministros de tomar uma decisão que seria polêmica qualquer que fosse seu conteúdo. E, no STF, o poder de impor esse silêncio está totalmente disseminado, de variadas maneiras, pelos onze ministros.

[21] Para dados sobre duração média dos processos no Supremo, ver Falcão, Hartmann e Chaves (2014).

Sinalização de preferências

A legislação brasileira restringe severamente manifestações públicas de juízes, sobretudo quanto a casos pendentes de julgamento pelo tribunal ou críticas a decisões de outros magistrados.[22] No âmbito do Supremo, porém, o cenário é outro. Vários ministros se pronunciam com frequência sobre casos pendentes—e alguns criticam abertamente seus colegas, sem que isso acione qualquer limite ou mecanismos de responsabilização.[23] Em 2013, por exemplo, enquanto uma proposta de emenda que limitaria os poderes do Supremo no controle de constitucionalidade (PEC nº 33/2011) voltou a tramitar no Congresso, quatro ministros se pronunciaram na imprensa sobre o tema. Dos três que criticaram diretamente a proposta, dois chegaram a afirmar que uma emenda desse tipo seria inconstitucional—uma questão jurídica que esses ministros invariavelmente enfrentariam, no futuro, se a eventual emenda fosse aprovada (Arguelhes; Ribeiro, 2015; Pereira, 2017).[24] A PEC nº 33/2011 logo perdeu fôlego.[25] A sinalização dos três ministros não é o único fator a explicar esse resultado, mas certamente contribuiu para o cálculo dos políticos quanto à probabilidade, direção e intensidade de uma intervenção futura do Supremo.

As sinalizações dos ministros podem ter pesos distintos. Alguns ministros têm mais habilidade para escolher os veículos, as palavras e o *timing* adequados para maximizar o efeito de suas palavras. Outros, talvez por uso excessivo de sinalização, podem ver diminuída a credibilidade de suas palavras/ameaças. E ainda outros, por sua posição institucional—por exemplo, relatores de processos específicos ou o próprio presidente do tribunal—podem atrair mais atenção do público do que seus colegas. O presidente do Supremo, por exemplo, tem algumas prerrogativas individuais centralizadas de sinalização (p. ex., nos discursos de abertura do ano judiciário e em outras manifestações oficiais), além de um capital de atenção pública atrelado ao cargo e um grande poder de agenda para fazer valer suas ameaças.

Contudo, de forma geral, é tão frequente e aparentemente pouco custoso para os outros ministros falar na imprensa sobre casos pendentes que podemos considerar que o poder de sinalização é alocado de forma descentralizada a todos os membros do tribunal. Como não houve, até hoje, qualquer tentativa relevante de disciplinar esse comportamento e torná-lo mais centralizado na figura do presidente ou de manifestações colegiadas, ocorre algo similar ao que observamos no caso do poder de agenda: trata-se de um poder discricionário, à disposição de todos os ministros, sujeito basicamente a estilos, inclinações, estratégias e cautelas (ou ousadias) individuais (Arguelhes; Ribeiro, 2015; Falcão; Arguelhes, 2016).[26]

[22] Art. 36, III, da Lei Orgânica da Magistratura (Loman, Lei Complementar nº 35/1979).

[23] Exploramos em mais detalhes essa questão em outro trabalho (Arguelhes; Ribeiro, 2015). De lá para cá, o fenômeno parece ter se intensificado. Recentemente, por exemplo, o ministro Gilmar Mendes fez severas críticas na imprensa a uma liminar do ministro Marco Aurélio e à própria pessoa do ministro (Cantanhêde, 2016).

[24] Os dois ministros nesse caso foram Marco Aurélio e Gilmar Mendes. Ver Arguelhes e Ribeiro (2015) e Pereira (2017).

[25] Nesse exemplo específico, essas manifestações e pré-julgamentos fora dos autos poderiam, talvez, ser mais compreensíveis pelo fato de a PEC nº 33/2011 envolver a autoridade do próprio tribunal. Do ponto de vista descritivo, porém, o caso mostra com clareza a viabilidade e o potencial efeito de manifestações individuais de ministros sobre temas que o tribunal ainda terá de julgar. Além disso, essas manifestações vêm ocorrendo para além de discussões envolvendo os poderes ou à autoridade do tribunal, abrangendo conflitos de terceiros que o tribunal precisaria arbitrar no futuro. Devemos a Rogério Arantes essa observação.

[26] Mesmo quando não determinam, sozinhas, o comportamento de atores políticos, sinalizações individuais podem fornecer informação decisiva sobre a plausibilidade de certas posições do tribunal na esfera constitucional, encorajando (e às vezes municiando com argumentos) minorias políticas a judicializar questões da conjuntura.

Tomada de decisão

Em várias espécies processuais, de mandados de segurança a ações diretas de inconstitucionalidade, ministros relatores podem decidir liminarmente e monocraticamente certas questões, podendo inclusive suspender a aplicação de leis, atos normativos ou decisões internas do Congresso Nacional.[27] Essas decisões, porém, não são geralmente vistas como um verdadeiro poder de atuar individualmente sobre a política, por dois motivos: 1. não abrangeriam, tecnicamente, o mérito do caso, mas apenas providências provisórias urgentes, em hipóteses excepcionais previstas na legislação; 2. o seu exercício está limitado pela supervisão do plenário, e as partes eventualmente prejudicadas por uma liminar monocrática têm recursos para pedir sua revisão por um colegiado. Em trabalho anterior sobre poderes individuais no Supremo, endossamos essa visão reducionista das liminares monocráticas: por depender de confirmação pelo colegiado, esse poder não criaria um espaço realmente livre para atuação individual—ao menos não da mesma forma que os pedidos de vista, por exemplo (Arguelhes; Ribeiro, 2015, pp. 146–151).

[27] Ver, p. ex., Lei nº 9.868/1999, art. 6º, §2º; art. 9º, §3º; art. 10, §1º e art. 12, além de RISTF, art. 21, IV, art. 170.

Essa leitura deve ser revista. Mais uma vez, temos aqui um poder que, na prática, é bastante diferente do previsto em tese. Primeiro, a distinção entre decisões *liminares* e *definitivas* (de mérito) não se sustenta em termos dos seus efeitos sobre o *status quo*. Dados do projeto "Supremo em números" sobre a duração de decisões liminares no STF mostram que elas haviam permanecido em vigor por, em média, mais de dois anos até uma decisão "final"—ou seis anos no caso de ações diretas de inconstitucionalidade. Quando consideradas apenas as liminares ainda vigentes ao final de 2013, a média passava de seis anos—e chegava a treze anos no caso das ADIs (Falcão; Hartmann; Chaves, 2014). Nesse cenário, perde muita relevância prática a distinção entre "decisões liminares" e "decisões finais/de mérito" quanto aos seus efeitos sobre a política.[28]

[28] Agradecemos a Ivar Hartmann por nos fornecer esses dados.

Segundo, o controle pelo plenário não parece ser realmente eficaz para impedir que as decisões individuais se consolidem como *status quo*. O número de decisões liminares monocráticas, no Supremo, é hoje muito maior do que o número de decisões liminares colegiadas (Hartmann; Ferreira, 2015).[29] Entre 2010 e 2017, foram 20.830 decisões monocráticas referentes a liminares, excluídas as do presidente, em uma média de 2.603 por ano —cerca de 260 por ministro/ano (Brasil, 2018). Considere, em contraste, que, no mesmo período, o plenário e as duas turmas do tribunal tomaram apenas 177 decisões liminares (Brasil, 2018). Isso é verdade inclusive para o controle concentrado de constitucionalidade—883 decisões monocráticas liminares, incluindo presidência e vice-presidência entre 2012 e 2016, com uma média de oitenta por ministro/ano. Mais ainda, na última década, mais

[29] Para uma discussão geral de vários indicadores, ver Hartmann e Ferreira (2015).

de 90% de *todas* as decisões liminares em controle concentrado foram monocráticas.[30]

Nesse grande volume de decisões, e considerando o espaço limitado da pauta do STF, não é surpreendente que longos períodos de tempo se passem até que o plenário ou as turmas possam se manifestar sobre liminares monocráticas. Entre 2007 e 2016, passaram-se em média 1.278 dias entre uma decisão liminar monocrática, em controle concentrado, e a primeira oportunidade de manifestação colegiada no mesmo processo.[31] Considerando-se apenas as decisões *concessivas* de liminares, a média é de 797 dias. Para além do controle concentrado, considerando todas as classes processuais no período de 2012 a 2016, passaram-se em média 617 dias entre a concessão monocrática de uma medida liminar e a primeira oportunidade de apreciação por um colegiado. No mesmo período, nos casos em que a liminar monocrática concessiva foi seguida de uma decisão declarando o julgamento prejudicado, o tempo de vigência da referida liminar foi, na média, de 767 dias.

No desenho institucional em tese, a supervisão pelo plenário seria a melhor aposta de controle desse poder individual. Os ministros individuais seriam agentes do plenário, decidindo com urgência de modo a preservar a autoridade futura da decisão colegiada, que poderia sempre discordar da liminar e revogá-la. Na prática, porém, pela interação entre poderes de agenda e poderes de decisão, a supervisão do plenário acaba se tornando opcional. O relator do processo pode impedir que sua liminar seja liberada para apreciação pelo colegiado. Mesmo quando a parte prejudicada recorre da liminar, o relator da liminar atacada também controla quando esse recurso estará liberado para decisão do plenário—a quem caberia, em tese, controlar sua atuação individual.[32] Ao manter o caso fora da apreciação do plenário, o relator que deu a liminar individual pode impedir qualquer risco de revogação, seja diretamente (bloqueando a possibilidade de decisão, *evitando* o plenário) ou indiretamente (criando fatos consumados que aumentarão muito os custo de reverter sua liminar, *emparedando* o plenário).[33]

Considere, por exemplo, a liminar monocrática pela qual o ministro Fux suspendeu e mandou à Câmara dos Deputados, em 14 de dezembro de 2016, o pacote legislativo das “10 medidas contra a corrupção”, que havia acabado de chegar ao Senado. Recorrendo a argumentos inéditos, sem precedentes na jurisprudência do STF sobre processo legislativo, Fux determinou aos presidentes das casas do Congresso que desconsiderassem a tramitação e as votações que haviam ocorrido até ali, para que o processo legislativo pudesse ocorrer, desde o início, de forma a respeitar a “essência” da proposta de iniciativa popular. Em 16 de fevereiro de 2016, após os dois meses de recesso e de vigência da

[30] Os dados referentes ao controle concentrado no período de 2012 a 2016 foram obtidos junto ao projeto “Supremo em números”, com a colaboração de Ivar Hartmann. Ver também Falcão, Hartmann e Chaves (2014).

[31] Dados do projeto “Supremo em números”, com a colaboração de Ivar Hartmann.

[32] Ver, p. ex., RISTF art.21, IV e art. 315.

[33] Para uma discussão mais detalhada e mais exemplos, Arguelhes e Ribeiro (no prelo). Vale notar que, mesmo que o relator decida liberar o processo para julgamento, o plenário do STF tem recursos escassos para dar conta de todas as decisões individuais que precisariam ser monitoradas. Em reportagem recente, Felipe Recondo (2018) apurou que, no final de 2017, havia oitocentos processos na fila de julgamento do plenário do Supremo, sendo que, ao longo das 81 sessões daquele ano, o tribunal só havia conseguido julgar 108 casos.

liminar, o presidente do Senado devolveu o projeto de lei à Câmara. Pouco tempo depois, Fux extinguiu o processo por considerar que o retorno do projeto à Câmara era suficiente para remediar o que havia considerado violações ao processo legislativo previsto na Constituição. Por liminar monocrática em mandado de segurança, portanto, um ministro anulou *toda* a tramitação de um projeto de lei na Câmara e fez o processo recomeçar do zero; algo que já seria inédito na jurisprudência constitucional *com uma decisão colegiada* foi feito sem qualquer participação relevante do plenário.

Situação semelhante ocorreu com a controversa liminar do ministro Gilmar Mendes suspendendo a nomeação do ex-presidente Lula como ministro de Dilma Rousseff (Medina e Almeida, 2016).[34] Nas três semanas (18 de março a 7 de abril) que se passaram até que ele liberasse a questão para julgamento, Dilma já havia sido suspensa provisoriamente do cargo, ficando prejudicada a questão. Por uma liminar monocrática, portanto, um ministro anulou a nomeação de um ministro de Estado, em um momento crítico para o destino do governo Dilma. O plenário não se pronunciará sobre questão tão decisiva para os rumos do país e para o direito constitucional brasileiro—tudo que temos é a decisão liminar de Gilmar Mendes (Pereira, 2017).

Ministro decide individualmente, e ministro decide individualmente se e quando poderá haver decisão colegiada sobre sua decisão individual: esse "*loop*" entre poder de agenda e poder de decisão individual tem sido decisivo para entender a atuação do STF na política brasileira, muito além das situações "excepcionais" previstas na legislação. Monocraticamente, Marco Aurélio determinou que o presidente da Câmara reconsiderasse seu arquivamento de um pedido de impeachment contra o então interino presidente Temer.[35] Monocraticamente, Fux determinou o pagamento de auxílio-moradia para a magistratura brasileira—um incremento salarial de legalidade questionável.[36] Esssas não são questões politicamente menores nem casos em que claramente há um direito individual a sofrer danos irreparáveis. O que quer que a legislação diga sobre como esses poderes deveriam ser usados, o fato é que os ministros têm conseguido neutralizar os próprios mecanismos de controle pelos quais a maioria do tribunal eventualmente faria valer os critérios legais.

Assim, liminares monocráticas—justificadas em princípio como um mecanismo para *garantir a autoridade futura da decisão do plenário*—podem ser utilizadas no sentido oposto, para neutralizar o controle do plenário sobre uma ação estritamente individual que, hoje, produz efeitos no mundo tomando para si a autoridade da decisão futura que talvez nunca chegue. Na prática, esse *loop* permite aos ministros realizar o que podemos chamar de "*judicial review* individual", bloqueando iniciativas políticas, ainda que amplamente majoritárias, sem que a

[34] Ver Medina e Almeida (2016).

[35] MS 34.087. A liminar foi dada em 5 de abril de 2016 e liberada pelo relator para julgamento em 17 de maio (Scocuglia, 2016). Até o momento da entrega deste artigo, o STF ainda não havia se pronunciado sobre essa liminar.

[36] Desde que Fux tomou sua decisão (AO nº 1.773) em 2014, cada juiz brasileiro tem recebido um adicional de aproximadamente R$ 4,3 mil. De acordo com uma estimativa, entre a decisão liminar de novembro de 2016, o custo total desses pagamentos para o orçamento federal chegou a 289 milhões de reais por ano (Scocuglia, 2016). Em dezembro de 2017, mais de três anos após sua liminar individual, Fux liberou o processo para julgamento pelo plenário.

supervisão do plenário ou mesmo outros limites previstos na legislação impeçam essa atuação individual. Há diversos exemplos visíveis na última década, além dos casos mencionados acima, de liminares individuais de grande impacto político que não foram levadas ao plenário ao longo de meses e anos.[37]

[37] Criticando o "ativismo arbitrário" dos ministros do Supremo, Dimoulis e Lunardi (2016) apontam como exemplos a liminar monocrática da ministra Cármen Lúcia suspendendo as novas regras legislativas quanto aos *royalties* do petróleo em 2013 e a liminar monocrática do ministro Joaquim Barbosa, então presidente do STF, suspendendo emenda constitucional que criou novos Tribunais Regionais Federais. Ambas as liminares ainda não foram apreciadas pelo plenário do STF.

A MINISTROCRACIA E SUAS IMPLICAÇÕES: "SUPER CONTRAMAJORITARISMO", CONTINGÊNCIA E CAPTURA

Neste trabalho, não temos a pretensão de testar hipóteses empíricas específicas. Nosso objetivo é formular uma interpretação mais geral das formas e mecanismos de atuação do Supremo na política nacional, reconstruindo-o como um tribunal intensamente poroso à ação individual direta de seus ministros sobre o *status quo* legislativo. Sem dúvida, ainda há muito a ser investigado empiricamente sobre o comportamento dos ministros e sua combinação em decisões colegiadas no uso desses poderes. As evidências disponíveis, porém, são mais do que suficientes para nossos fins. De fato, de um lado, ministros do Supremo conseguiram decidir individualmente casos da magnitude política dos exemplos dados acima, sem qualquer controle ou retaliação relevante pelo plenário. De outro, há um grande número de liminares individuais que permanecem por meses e anos sem apreciação do plenário—o que indica que seu uso parece ser frequente, para além dos casos mais visíveis. Entre essas duas constatações, o ônus da prova deve caber a quem afirma que esse poder decisório individual não seria relevante. Se ministros individuais moldaram o *status quo* legislativo mesmo em casos tão sensíveis politicamente, é difícil imaginar que eles estariam mais limitados, em sua atuação, nas centenas de outras liminares que decidem por ano sobre temas mais distantes da pauta e da atenção nacionais.

No início de 2017, houve um período de particular visibilidade dessa estrutura profunda do tribunal. De janeiro a fevereiro, o país ficou às voltas com as implicações políticas da morte do ministro Teori Zavascki. A primeira, mais específica, dizia respeito a como seria escolhido o novo relator dos processos relativos à Operação Lava Jato, posição que Zavascki ocupava. A segunda, mais geral, envolvia quem o presidente Temer indicaria para a vaga no STF. A incerteza gerada por esses dois pontos ilustra bem os problemas descritos nesse trabalho. De um lado, parecia que o destino da Operação Lava Jato dependeria, em larga medida, da definição de quem seria o novo relator do processo. De outro, a vaga aberta carregava consigo a clara possibilidade de impactos de curto prazo sobre a conjuntura política. Pedidos de vista, relatorias estratégicas para o governo, manifestações na imprensa em momentos-chave: para a Lava Jato, o perigo

da definição do relator é enorme; para o governo, a utilidade de uma única indicação para o STF é incalculável.

Embora alguns ministros sejam particularmente agressivos no uso desses mecanismos de ação individual, esses problemas não surgem pelo comportamento excepcional deste ou daquele ministro. Ao contrário, o desenho e a prática do STF libertam o comportamento individual e ampliam o seu alcance, de maneiras que provavelmente continuarão por muito tempo, mesmo após mudanças na composição atual. Alguns meses após ter sido confirmado na vaga de Teori Zavascki, o ministro Alexandre de Moraes pediu vista em um processo envolvendo uma reinterpretação restritiva das hipóteses de foro por prerrogativa de função ("foro privilegiado") na Constituição (Souza; Brígido, 2017). O pedido de vista surgiu em um contexto de crescentes avanços da Operação Lava Jato sobre lideranças políticas da maioria no Congresso e integrantes do alto escalão do governo Temer. Moraes manteve o processo consigo por cerca de três meses—um período relativamente curto considerando a duração média de pedidos de vista, mas bastante significativo no contexto da crise política atual no Brasil. Moraes, como qualquer outro ministro, possui meios de adiar, individualmente, uma decisão do tribunal sobre um tema. De fato, tão logo o plenário voltou a discutir a questão, em novembro de 2017, o ministro Toffoli pediu vista, suspendendo novamente o julgamento.

Diante de seus ministros, portanto, o Supremo não parece tão supremo assim. Mostramos que o STF aloca de maneira individual e descentralizada uma série de poderes individuais de agenda, de sinalização e mesmo de decisão formal. A experiência brasileira recente, envolvendo alguns dos mais importantes conflitos políticos que já chegaram ao STF desde a redemocratização, sugere que o uso de poderes depende muito mais da virtude individual do que de mecanismos institucionais de controle. E, enquanto o plenário não se pronuncia sobre essas ações individuais mais ou menos virtuosas, ministros solitários mudam o *status quo* e moldam a política nacional. Esse cenário está em conflito direto com algumas das categorias que tipicamente usamos para pensar o papel do STF na democracia brasileira. Nesta última seção, exploraremos algumas dessas tensões e implicações.

Tribunais constitucionais são tipicamente justificados a partir de dois grandes argumentos: a proteção de minorias contra possíveis tiranias da maioria (atuação contramajoritária) e a promoção de estabilidade das regras do jogo. A primeira fundamentação é substantiva: o tribunal desempenha um papel específico de interpretar as divergências a respeito do significado dos direitos fundamentais constitucionalizados, dificultando sua violação por maiorias legislativas e governos eleitos. A segunda é procedimental: o tribunal constitucional aumenta os custos de alteração *ad hoc* das regras do processo decisório,

conferindo maior segurança aos atores políticos e sociais. Em ambos os casos, o tribunal promove esses objetivos de maneira semelhante a outros mecanismos institucionais como bicameralismo, vetos presidenciais, regras para obstrução do processo legislativo e voto de confiança: impedindo que uma "maioria legislativa pura" seja suficiente para alterar o *status quo*. Essas duas dimensões normativas vêm gerando há décadas perguntas empíricas (Schwartzberg; 2013; Pasquino, 2014); os tribunais são de fato contramajoritários? Em que condições podem de fato tornar mais custosa a ação de maiorias legislativas?[38]

[38] Ver Schwartzberg (2013) e Pasquino (2014).

Em análise pioneira da Suprema Corte dos EUA, Robert Dahl (1957) sustentou que a atuação "contramajoritária" do tribunal seria, na verdade, excepcional na prática. Sendo os ministros indicados pelo presidente e sabatinados no Senado, seus posicionamentos sobre diversas questões de justiça não seriam muito diferentes dos posicionamentos da própria elite política. Os poucos exemplos de atuação de fato contramajoritária ocorreriam quando a maioria governante tivesse insuficientes oportunidades de indicar ministros para o tribunal, pois nesse caso haveria menor congruência entre as preferências dos atores políticos (atuais) e os ministros (indicados por forças políticas do passado). Nessa perspectiva, o tribunal, como instituição, não é necessariamente contramajoritário ou majoritário: sua atuação a favor ou contra o que a maioria governante pretende dependerá do grau de congruência entre suas preferências e as preferências dos demais atores.

O *insight* fundamental de Dahl, para além do caso dos EUA, é a ideia de que as *preferências* da composição tribunal constitucional, formadas no processo de indicação de seus membros ao longo do tempo, são variável-chave para observar seu comportamento na política. Esse *insight* informa as análises descritivas sobre a atuação dos tribunais constitucionais no processo político democrático. Além disso, também é utilizado como um tipo de antídoto—ou, ao menos, calmante—para preocupações excessivas com a "dificuldade contramajoritária": enquanto presidentes e legisladores eleitos determinarem a composição do tribunal ao longo do tempo, grandes descompassos entre decisões judiciais e preferências majoritárias seriam exceção, e não a regra (Melo, 2013).[39]

[39] Ver, p. ex., Melo (2013).

Contudo, em estudos que adotam a perspectiva de Dahl, a unidade de análise costuma ser o tribunal como ator coletivo. Ministros individuais importam apenas como um voto, em uma dada composição, mas os resultados das decisões judiciais são contingentes às preferências *majoritárias* do próprio tribunal. No limite, um juiz individualmente é relevante somente se sua posição for decisiva para a formação da maioria interna ao tribunal. A palavra do tribunal é contingente por depender do lado que tende o pêndulo da maioria (por exemplo, no

caso dos EUA, mais "conservadora" ou mais "liberal"). Essa contingência, porém, é compatível com uma certa estabilidade: cada voto tem o mesmo peso, cada indicação para a corte só altera um voto, e somente uma maioria pode fazer a corte atuar contramajoritariamente.

Entretanto, a possibilidade de ação individual *contra uma maioria interna do tribunal* gera complicações para essa moldura conceitual. De um lado, quando um único ministro se torna suficiente para *impedir* mudanças no *status quo* político, temos na prática um sistema no qual uma única indicação política para o Supremo, mesmo que tenha sido feita há décadas, pode produzir um ponto de veto permanente dentro do tribunal. O relator de um caso pode impedir, indefinidamente, que o tema vá para discussão no plenário; e, caso chegue no plenário, um único ministro pode pedir vista e bloquear a decisão. A alocação individual descentralizada de poderes de definição de agenda é suficiente para impedir um tribunal de agir contra maiorias legislativas eventuais mesmo quando haveria, naquele momento, uma composição com maioria interna para realizar *judicial review.* Tomando por base as preferências majoritárias do tribunal, teríamos um "falso negativo" no exercício do poder judicial.

De outro lado, quando a ação de um único ministro é suficiente para impedir maiorias legislativas eventuais de aprovar mudanças no *status quo*—seja diretamente, no caso de "*judicial review* individual" pelo relator, seja indiretamente por meio de ameaças e sinalizações na imprensa—teríamos um "falso positivo" no exercício do poder judicial. Isto é, controle de constitucionalidade sem uma maioria de votos dos membros do tribunal. Esse cenário pode ser considerado particularmente problemático em termos da teoria constitucional e da teoria democrática convencionais, já que a atuação judicial seria aqui duplamente contramajoritária—contra a maioria legislativa externa e contra a maioria judicial interna (Arguelhes; Ribeiro, 2015; Arguelhes; Ribeiro, no prelo).[40]

Em ambos os cenários, a política constitucional será contingente à preferência do ministro que, para cada processo, para cada disputa levada ao STF, tiver à sua disposição os poderes relevantes para vetar ou implementar mudanças no *status quo*. A contingência seria menor se essas decisões envolvessem casos com respostas consensuais, com pouca variância dentro do próprio STF. Não parece ser o caso, porém, nos exemplos examinados ao longo deste trabalho. Questões juridicamente controversas e politicamente decisivas podem ter resultados completamente diferentes—desde um completo silêncio judicial a um exercício de *judicial review* individual—, dependendo de quem for o ministro relator, por exemplo. Sem o filtro da maioria, a decisão majoritária ou contramajoritária torna-se mais incerta e imprevisível, e o poder do controle de constitucionalidade fica mais difícil de justificar.

[40] Exploramos mais este ponto, em uma perspectiva de teoria constitucional, em Arguelhes e Ribeiro (2015; no prelo).

Por fim, em qualquer cenário, esse poder individual descontrolado, combinado a mecanismos de *accountability* individual inoperantes na prática, amplifica alguns dos perigos associados a instituições independentes. Em especial, aumenta-se o risco de captura da ação de ministros por grupos de interesse ao redor do tribunal. Embora no Brasil o tema seja discutido de forma sistemática no caso de agências reguladoras e outras instituições independentes, o risco de captura não recebe atenção devida quando se trata de tribunais, em especial do STF. Não há, porém, nenhuma razão para imaginar que o tribunal está imune. Ao contrário, a alocação individual descentralizada de poderes, característica do STF, torna os ministros alvos mais fáceis e mais vantajosos: qualquer ministro sozinho tem em suas mãos o poder de veto, e o relator é suficiente tanto para o veto quanto, com frequência, para o próprio exercício de controle de constitucionalidade.

Por trás do poder do STF sobre outras instituições políticas e judiciais do país, portanto, há uma profunda fragmentação interna com graves implicações externas. Ao longo da última década, consolida-se uma literatura crítica sobre o individualismo nas deliberações e decisões do tribunal.[41] Neste trabalho, nosso foco esteve nos efeitos *para fora* de ações individuais no processo decisório—uma agenda complementar, e não substitutiva, à literatura já existente sobre individualismo nas decisões colegiadas do STF. Ministros individuais, se quiserem, podem moldar resultados na política, especialmente se lhes couber a relatoria do caso. Há pouco que o tribunal pode fazer que, nas condições certas, um ministro individual não possa também conseguir—e, até o momento, parece haver menos ainda que o tribunal coletivo possa fazer quando ministros individuais usurpam da maioria a chance de exercer poder. Se a "supremocracia" tem sido medida em termos de concentração de poder e capacidade de resolver conflitos políticos, é preciso começar a discutir nossa "ministrocracia" nos mesmos termos.

[41] Ver, p. ex., Vojvodic, Machado e Cardoso (2009), Mendes (2012; 2017), Silva (2013; 2017), além de estudos empíricos (p. ex., Oliveira, 2012b) e debates recentes (Silva, 2015; 2016; Almeida; Bogossian, 2016) sobre o peso do relator nas deliberações no STF.

Diego Werneck Arguelhes é doutor em direito pela Universidade Yale e professor pesquisador da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito Rio). Foi Hauser Global Research Fellow na Universidade de Nova York (NYU). Responsável pelos argumentos principais do artigo e pela redação do mesmo.

Leandro Molhano Ribeiro é doutor em ciência política pelo Iuperj/Ucam e professor pesquisador da FGV Direito Rio. Corresponsável pelos argumentos principais do artigo e pela redação do mesmo.

Recebido para publicação em 3 de julho de 2017.

Aprovado para publicação em 15 de fevereiro de 2018.

NOVOS ESTUDOS
CEBRAP
110, jan.–abr. 2018
pp. 13-32

REFERÊNCIAS

Almeida, Danilo dos Santos; Bogossian, Andre Martins. "'Nos termos do voto do relator': considerações acerca da fundamentação coletiva nos acórdãos do STF". *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, n. 2, pp. 264–297, 2016.

Arguelhes, Diego Werneck. "STF e Cunha: quem decide quando quer, ouve o que não quer". In: Falcão, Joaquim; Arguelhes, Diego Werneck; Recondo, Felipe (Orgs.). *O Supremo em 2015*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2016.

Arguelhes, Diego Werneck; Hartmann, Ivar A. "Timing Control without Docket Control: How Individual Justices Shape the Brazilian Supreme Court's Agenda". *Journal of Law and Courts*, v. 5, n. 1, pp. 105–140, 2017.

Arguelhes, Diego Werneck; Ribeiro, Leandro Molhano. "O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político". *Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, p. 121-155, 2015.

_____. "Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988". *Direito GV*, v. 12, n. 2, pp. 405–440, 2016.

_____. "'The Court, It Is I'? Individual Judicial Review in the Brazilian Supreme Court and Its Implications for Constitutional Theory". *Global Constitutionalism*, no prelo.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. "Estatísticas do STF: Decisões". *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesinicio. Acesso em: 3 mar. 2018.

Brouard, Silvain; Hönnige, Christoph. "Constitutional Courts as Veto Players: Lessons from the United States, France and Germany". *European Journal of Political Research*, v. 56, pp. 529–552, 2017.

Bulla, Beatriz; Aguiar, Gustavo. "'Meu Deus do céu! Essa é a nossa alternativa de poder', diz ministro do STF sobre PMDB". *Folha de S. Paulo*, 31 mar. 2016. Disponível em: http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,meu--deus-do-ceu-essa-e-a-nossa-alternativa-de-poder--diz-ministro-do-stf-sobre-pmdb,10000024095. Acesso em: 3 mar. 2018.

Cantanhêde, Eliane. "Gilmar: 'Liminar foi ilegal'". *O Estado de S. Paulo*, 6 dez. 2016. Disponível em: http://politica.estadao.com.br/blogs/eliane-cantanhede/gilmar-liminar-foi-ilegal. Acesso em: 3 mar. 2018.

Comella, Víctor Ferreres. "The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism". *Texas Law Review*, n. 82, pp. 1705–1736, 2004.

Dahl, Robert Alan. "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker". *Journal of Public Law*, n. 6, pp. 279–295, 1957.

Davis, Richard. *Justices and Journalists: The U. S. Supreme Court and the Media*. Nova York: Cambridge University Press, 2011.

Dimoulis, Dimitri; Lunardi, Soraya Regina Gasparetto. "Definição da pauta no Supremo Tribunal Federal e (auto) criação do processo objetivo". Congresso Nacional do Conpedi, 17. 2008, Brasília. *Anais*... Brasília: Conpedi, 2008. pp. 4.357–4.377.

_____. "A tendência passivista do Supremo". In: Falcão, Joaquim; Arguelhes, Diego Werneck; Recondo, Felipe (Orgs.). *O Supremo em 2015*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2016.

Epstein, Lee; Jacobi, Tonja. "The Strategic Analysis of Judicial Decisions". *Annual Review of Law and Social Science*, v. 6, pp. 341–358, 2010.

Epstein, Lee; Knight, Jack. *The Choices Justices Make*. Washington, DC: CQ Press, 1998. Epstein, Lee; Knight, Jack; Martin, Andrew D. "The Supreme Court as a Strategic National Policymaker". *Emory Law Journal*, v. 50, pp. 538–611, 2001.

Epstein, Lee; Knight, Jack; Shvetsova, Olga. "The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government". *Law and Society Review*, pp. 117–164, 2001.

Falcão, Joaquim. "Direito, mídia e opinião pública", In: ______ (Org.) *Mensalão: diário de um julgamento*. São Paulo: Campus, 2013. pp. 7–13.

Falcão, Joaquim; Arguelhes, Diego Werneck. "O invisível Teori Zavascki e a fragmentação do Supremo: uma retrospectiva de 2015". In: Falcão, Joaquim; Arguelhes, Diego Werneck; Recondo, Felipe (Orgs.). *O Supremo em 2015*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2016. pp. 21–29.

_____. "Onze Supremos, todos contra o plenário". In: Falcão, Joaquim; Arguelhes, Diego; Recondo, Felipe (Orgs.). *Onze supremos: o supremo em 2016.* Belo Horizonte : Letramento; Casa do Direito; Supra; Jota; FGV Rio, 2017. pp. 20–29.

Falcão, Joaquim; Hartmann, Ivar Alberto; Chaves, Vitor P. *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014.

Falcão, Márcio. "Lewandowski diz que STF pode julgar mérito do impeachment". *Folha de S. Paulo*, 9 maio 2016. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/05/1769533-lewandowski-diz-que-stf-pode--julgar-merito-do-impeachment.shtml. Acesso em: 2 mar. 2018.

Fontana, David. "Docket Control and the Success of Constitutional Courts". In: Ginsburg, Tom; Dixon, Rosalind (Orgs). *Comparative Constitutional Law*. Londres: Edward Elgar, 2011. pp. 624–641.

"Gilmar Mendes chama Tribunal Superior do Trabalho de 'laboratório do PT'". *G1*, 3 abr. 2017. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/gilmar-mendes-chama-tribunal-superior-do--trabalho-de-laboratorio-do-pt.ghtml. Acesso em: 3 mar. 2018.

Ginsburg, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases.* Nova York: Cambridge University Press, 2003.

Graber, Mark. "The Coming Constitutional Yo-Yo? Elite Opinion, Polarization, and the Direction of Judicial Decision Making". *Howard Law Journal*, v. 56, n. 3, p. 661–, 2013.

Hartmann, Ivar Alberto; Ferreira, Lívia da Silva. "Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo". *Revista Opinião Jurídica*, v. 13, n. 17, pp. 268–283, 2015.

"Impeachment foi 'tropeço da democracia', diz Lewandowski". *Folha de S. Paulo*, 29 set. 2016. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/09/1817948-impeachment-foi-tropeco-da-democracia-diz-lewandowski.shtml. Acesso em: 3 mar. 2018.

Medina, Damares; Almeida, Eloísa. "A incomum liminar de Gilmar Mendes". *Nexo*, 19 mar. 2016. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2016/A-incomum-decis%C3%A3o-liminar-de-Gilmar-Mendes. Acesso em 15 jan. 2018.

Melo, Marcus André. "Mudança constitucional no Brasil: dos debates sobre emendamento na constituinte à 'megapolítica'". *Novos Estudos—Cebrap*, n. 97, pp. 187-206, 2013.

Mendes, Conrado Hübner. "O projeto de uma corte deliberativa". In: Vojvodic, Adriana *et al*. (Orgs.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. "The Supreme Federal Court of Brazil". In: Jakab, András; Dyevre, Arthur; Itzcovich, Giulio (Orgs.). *Comparative Constitutional Reasoning*. Nova York: Cambridge University Press, 2017.

Oliveira, Fabiana Luci. "Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e 'panelinhas'". *Revista de Sociologia e Política*, v. 20, n. 44, pp. 139–153, 2012a.

_____. "Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 27, n. 80, pp. 89–254, 2012b.

Pasquino, Pasquale. "Majority Rules in Constitutional Democracies". In: Novak, Stéphanie; Elster, Jon (Orgs.). *Majority Decisions: Principles and Practices*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. pp. 219–235.

Pereira, Thomaz. "Lula Ministro e o silêncio do Supremo". In: Falcão, Joaquim; Arguelhes, Diego; Recondo, Felipe (Orgs.). *Onze supremos: o supremo em 2016.* Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito; Supra; Jota; FGV Rio, 2017.

"Quem é Gilmar Mendes, dono do voto de minerva que absolveu Temer". *Terra*, 9 jun. 2017. Disponível em: https://www.terra.com.br/noticias/brasil/quem-e-gilmar-mendes-dono-do-voto-de-minerva-que-absolveu-temer,e4597b04d151d58ec815cb76c4f8712cbns62ewa.html. Acesso em: 2 mar. 2018.

Recondo, Felipe. "Supremo julgou 1,35 processo por sessão em 2017". *Jota*, 4 jan. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/justica/supremo-julgou-135-processo-por-sessao-em-2017-04012018. Acesso em: 15 jan. 2018.

Ribeiro, Leandro Molhano; Arguelhes, Diego Werneck. "Preferências, estratégias e motivações: pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro". *Direito e Práxis*, v. 4, n. 7, pp. 85–121, 2013.

Schwartzberg, Melissa. *Counting the Many: The Origins and Limits of Supermajority Rule*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Scocuglia, Livia. "Marco Aurélio libera para julgamento pedido de impeachment de Temer". *Jota*, 17 maio 2016. Disponível em: https://www.jota.info/justica/marco-aurelio-libera-para-julgamento-pedido-de-impeachment-de-temer-17052016. Acesso em: 3 mar. 2018.

Silva, Virgílio Afonso. "Deciding without Deliberating". *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, pp. 557–584, 2013.

_____. "'Um voto qualquer?' O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal". *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, n. 1, pp. 180–200, 2015.

_____. "O relator dá voz ao STF? Uma réplica a Almeida e Bogossian". *Revista Estudos Institucionais*, v. 2, n. 2, pp. 648–669, 2016.

_____. "Do We Deliberate? If So, How?". *European Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 2, pp. 209–240, 2017.

Souza, André de; Brígido, Carolina. Souza, André de; Brígido, Carolina. "Moraes pede vista em julgamento do STF que discute foro privilegiado". *O Globo*, 1 jun. 2017. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/moraes-pede-vista-em-julgamento-do-stf-que-discute-foro-privilegiado-21423765. Acesso em: 3 mar. 2018.

Staton, Jeffrey K. *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

Sweet, Alec Stone. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

Taylor, Matthew. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008.

Tsebelis, George. *Veto Players: How political institutions work*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2002.

Verissimo, Marcos Paulo. "A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial 'à brasileira'". *Direito GV*, v. 4, n. 2, pp. 407–440, 2008.

Vieira, Oscar Vilhena. "Supremocracia". *Direito GV*, v. 4, n. 2, pp. 441–463, 2008.

Vojvodic, Adriana; Machado, Ana Mara; Cardoso, Evorah Luci Costa. "Escrevendo um romance, primeiro capítulo: processo decisório e precedentes no Supremo Tribunal Federal". *Direito GV*, v. 5, n. 1, pp. 21–44, 2009.

Whittington, Keith E. "'Interpose Your Friendly Hand': Political Supports for the Exercise of Judicial Review by The United States Supreme Court". *American Political Science Review*, v. 99, n. 4, pp. 583–596, 2005.